

“CASTIGAR AL PRÓJIMO. POR UNA REFUNDACIÓN DEMOCRÁTICA DEL DERECHO PENAL” DE ROBERTO GARGARELLA

Pablo LARSEN*

Fecha de recepción: 5 de abril de 2017
Fecha de aprobación: 24 de abril de 2017

GARGARELLA, Roberto, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016, 294 pp.

I. Presentación

La necesaria tarea de revisar las bases en las que se asientan las construcciones teóricas de una determinada disciplina —en nuestro caso, el derecho penal— es una que se encuentra siempre presente pero que, quizás, pese a lo prolífica que se ha mostrado nuestra academia en algunos aspectos, no ha sido emprendida hasta el momento. En palabras del autor de la obra que aquí se comenta: “*entiendo que tenemos un acercamiento a la materia muy poco reflexivo, muy inercial, muy contaminado. Por ello, señalaría que necesitamos abordarla de un modo más fresco y más crítico*” (p. 10). En su última obra, “*Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*”, GARGARELLA asume ese diagnóstico y propone un acercamiento a las discusiones sobre el derecho penal desde una perspectiva democrática que escapa al enfoque tradicional de la academia de nuestro medio.¹

* Abogado (UNLP). Alumno de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Agradezco a Fernando Gauna Alsina, Santiago Mollis, Leandro Dias y Juan Lucas Finkelstein Nappi por la lectura de este comentario y por sus observaciones críticas. Contacto: pablolarsen93@gmail.com.

¹ Sobre este tipo de trabajos —aquellos que intentan tender un puente entre el derecho penal y la democracia— se ha señalado que “hay una impecable detección de algunos problemas olvidados por la doctrina penal tradicional y también una notable capacidad de apartarse de los lugares más comunes por donde transitan estos estudios penales bien conocidos” (BEADE, “Acuerdos, desacuerdos y dudas sobre las soluciones democráticas al castigo penal” en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 12, 2011, p. 1) y, respecto de su escasez, que “no parece haber tenido hasta muy recientemente, ni en los estudios de habla hispana ni en los de otros idiomas, la identidad, solidez y consideración que se merece” (ZYSMAN

Desde sus primeras páginas la obra deja en claro cuál es el enorme desafío al que se enfrentará: la posibilidad de justificar el castigo penal —la *imposición deliberada de dolor*, tal como el autor lo define citando a HART—,² especialmente en sociedades desiguales. Recordar de qué hablamos cuando hablamos del castigo penal en nuestras sociedades —donde la respuesta es, por excelencia, el encarcelamiento— ilustra con claridad las dificultades que existen al llevar adelante cualquier intento de justificación.³

El modo en que se aborda el problema y las bases teóricas que acompañan la argumentación también son explicadas desde el comienzo. El autor, tal como lo viene haciendo en anteriores trabajos,⁴ deja en claro que se apoyará en el aparato teórico de la democracia deliberativa —de amplísima capacidad de rendimiento para la discusión de los temas penales, como luego se verá— y la filosofía política republicana.⁵ El simple hecho de utilizar como punto de partida conceptos propios de esos campos ya constituye una bocanada de aire fresco para el debate de nuestro medio, lo que da respuesta al reclamo de HUSAK en el sentido de que “deben desarrollarse más conexiones entre responsabilidad penal y filosofía política”.⁶ También resulta interesante el modo desafiante que se elige para ingresar en algunas de las discusiones: tomar como referencia las propuestas de autores como ZAFFARONI, FERRAJOLI, NINO y DUFF, y decisiones controvertidas como las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Gelman”, para luego someter sus ideas a un análisis crítico y riguroso.

QUIRÓS, “Castigo y democracia: reflexiones para un campo de estudios” en GARGARELLA/PASTOR (dir.) y FINKELSTEIN NAPPI (coord.), *Constitucionalismo, garantismo y democracia. Puentes dialógicos entre el derecho constitucional y el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, p. 52).

² La expresión puede encontrarse en HART, “Prolegomenon to the Principles of Punishment” en *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968.

³ Tener presente este aspecto del castigo penal recuerda a la siguiente advertencia de BINDER: “El gran peligro de todo aquel que se dedica al estudio del derecho penal o procesal penal es que le suceda lo que al fabricante de guillotinas: que se enamore del brillo de la madera, del peso exacto del pulido de la hoja mortal, del ajuste de los mecanismos, del susurro filoso que precede a la muerte y finalmente olvide que alguien ha perdido su cabeza” (BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 19).

⁴ Algunos esbozos de las ideas que se encuentran en *Castigar al prójimo* pueden verse en GARGARELLA, “Mano dura sobre el castigo. Igualdad y comunidad (I)”, en *Nueva Doctrina Penal, 2007/B*, Editores del Puerto, pp. 91-112, y en GARGARELLA, “Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II)”, en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n.º 1, 2007, pp. 101-116.

⁵ Entendiendo a ésta como “una teoría republicana preocupada por la autodeterminación y la integración social” que “quiere que las normas que rijan en la comunidad sean escogidas por esa misma comunidad” (p. 35). Para un mayor desarrollo de la filosofía política republicana aplicada al derecho penal, ver BRAITHWAITE y PETTIT, *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo* (trad. Elena ODRIOZOLA), Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015, especialmente pp. 73-106.

⁶ HUSAK, *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal* (trad. Rocío LORCA FERRECCIO), Buenos Aires, Marcial Pons, 2013, p. 110.

En lo que sigue, este trabajo intentará realizar una presentación de las ideas y propuestas novedosas que se presentan en *Castigar al prójimo*. La exposición, a fin de poner la atención en los que considero que son sus argumentos centrales, se concentra en el desarrollo de los dos ejes sobre los que giran los principales debates que contiene: las implicancias de la democracia —concretamente, de una concepción deliberativa— en el derecho penal (sección II) y cómo repensar el reproche penal en el marco de esas ideas (sección III).⁷ Finalmente, ofrezco unas breves reflexiones críticas sobre algunos aspectos de estas propuestas (sección IV).

II. Democracia y derecho penal

Castigar al prójimo puede ser definida como una obra que no intenta analizar aspectos específicos o parciales del derecho penal. Por el contrario, el desafío que asume es mucho más ambicioso, al proponerse una *refundación* del derecho penal desde una base democrática. Una propuesta semejante no puede prescindir de una definición de lo que se entiende por democracia, y es por eso que se deja en claro que se parte de las ideas de la *democracia deliberativa*,⁸ entendida como un procedimiento de toma de decisiones conforme al cual una decisión, para ser considerada imparcial —es decir, que atienda a los intereses de todos los involucrados— y encontrarse justificada requiere de una discusión previa que debe reunir una serie de características básicas tales como “ser abiertas, incluir a todas las personas potencialmente afectadas por la decisión que va a tomarse, basarse en la disponibilidad previa de toda la información relevante, garantizar la expresión de los distintos puntos de vista existentes en la comunidad (y, muy especialmente, la de las voces más críticas), asegurar que todos los

⁷ Al respecto, debo señalar que no se abordarán en profundidad todas las problemáticas que dichos debates generan y, además, que ciertos aspectos de la obra que son utilizados como ejemplo para discutir esas ideas —como la criminalización de la protesta social— son dejados de lado en esta exposición. Ello obedece a diversos motivos: por un lado, este trabajo pretende realizar una panorámica de los principales problemas abordados en la obra con un cierto grado de generalidad que facilite su exposición. Por el otro, el caso de la protesta social ya ha sido tratado en profundidad por el autor en anteriores obras (ver GARGARELLA, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005). Por último, la exposición que aquí se realiza no coincide con la utilizada por el autor en el índice al momento de presentar los temas a debatir, ya que ésta no es una obra enteramente orgánica sino que, por el contrario, se compone de distintos artículos que abordan los temas en simultáneo y en ocasiones de manera superpuesta.

⁸ Si bien la bibliografía sobre democracia deliberativa es extensa, en nuestro medio es útil acudir a NINO, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, y las referencias que allí se realizan.

argumentos desechados lo sean a partir de una justificación adecuada, y concluir con una decisión fundada en razones públicamente aceptables” (p. 36).⁹

Los rasgos que diferencian la democracia deliberativa de las demás concepciones tradicionales atraviesan la mayoría de las argumentaciones que se encuentran en la obra. Su influencia es crucial cuando se aborda: a) la legitimidad de las normas que forman parte del derecho penal; b) la desconfianza que los penalistas más célebres de nuestro medio han mostrado al momento de establecer vínculos entre la democracia y el derecho penal; y, fundamentalmente, cuando se analiza cómo esto último ha repercutido en c) el modo en que son definidos los alcances de los derechos fundamentales en éste ámbito y cómo, frente a esas ideas, se ha otorgado un papel protagónico al poder judicial en desmedro de la participación ciudadana. Estos son los tres puntos centrales que son discutidos desde la perspectiva de la democracia deliberativa, y su enfoque será presentado a continuación.

a. Las virtudes de la democracia deliberativa de cara a la legitimidad de las normas penales

En *Castigar al prójimo* se afirma que, en una comunidad de iguales, las decisiones se justifican “en la medida en que son un producto nuestro, producto de una discusión que hemos hecho entre todos, y no el resultado de la imposición de alguien, o de la idea propia de algún iluminado o grupo de iluminados que saben lo que nosotros desconocemos” (p. 16). Esta perspectiva, acompañada de las implicancias de la democracia deliberativa, asume como de fundamental importancia “reconocer que las normas sean construidas entre todos, accesibles a todos, reconocibles por todo como propias” (p. 17). Sin embargo, el diagnóstico que se realiza de las credenciales democráticas de las normas que integran nuestro derecho penal lo encuentra bastante alejado de ese ideal: “En nuestras sociedades, suele ser creado, interpretado y aplicado por una elite que actúa en el marco de una sociedad radicalmente desigualitaria. En este tipo de contextos, las personas sobre las que se aplican las normas penales tienden a no reconocerse a sí mismas en el contenido e interpretación de dichas leyes. Si un miembro de un grupo fuertemente desaventajado tuviera la oportunidad de opinar al respecto, sin duda diría que no entiende qué es lo que dice el derecho. Y no lo entiende en un sentido fuerte, porque no sólo no entiende el lenguaje en que se expresa el derecho sino que, si un especialista le traduce su significado, tampoco comprende el porqué de las decisiones tomadas” (p. 25).

⁹ Por estas razones, la democracia deliberativa es más exigente que aquellas concepciones de la democracia que limitan la participación ciudadana en los asuntos públicos exclusivamente al sufragio, o que la asocian a un procedimiento de toma de decisiones que adopta la regla de la mayoría sin importar nada más que ello. Se volverá sobre este punto más adelante.

En este punto, es especialmente atractiva la intención del autor de tender un puente entre las ideas de NINO sobre la democracia deliberativa y la justificación de las normas penales. Al analizar la posición de este autor sobre la legitimidad de las normas, se recuerda que una de las principales excepciones que existen a la presunción de que éstas sean imparciales se da cuando “las condiciones básicas que permiten al proceso democrático tener el valor epistémico están ausentes: por ejemplo, cuando algunos grupos son impedidos de expresar sus opiniones a través de persecuciones o cuestiones similares”.¹⁰ Tomando esa herramienta de análisis como punto de partida, el autor concluye en que es posible realizar una suerte de *gradación democrática* de las decisiones que tomamos como sociedad y que, dentro de éstas, por el carácter excluyente del proceso previo a su adopción, las vinculadas al sistema penal se encuentran en el polo negativo de esa escala (p. 158).

Ello nos acerca a una de las principales conclusiones que se ofrecen en la obra: consideramos valioso que en una comunidad de iguales las decisiones sean tomadas luego de un proceso de deliberación lo más inclusivo posible, sin el cual no podrían encontrarse legitimadas. No obstante, al acercarnos al sistema penal, se observa que este ámbito es un claro ejemplo de cómo las decisiones se toman mediante procesos no inclusivos y, en consecuencia, democráticamente deficitarios. De ello se deriva, naturalmente, que las normas que integran nuestro derecho penal se encontrarían pobremente legitimadas, o no legitimadas en lo absoluto, más aun cuando los principales destinatarios de la aplicación del poder punitivo provienen de los sectores sociales tradicionalmente más postergados¹¹ y excluidos de la deliberación democrática que debe preceder a la toma de decisiones. Un ejemplo que el autor aborda en más de una ocasión al analizar este punto es el vinculado con la represión de la protesta social: quienes protestan son usualmente personas que provienen de los sectores más postergados de la población —y, por ello mismo, excluidas del proceso de deliberación democrática— que intentan llamar la atención sobre las vulneraciones de derechos fundamentales que sufren, y el Estado decide acallarlas valiéndose de normas penales que se sancionaron en un proceso que excluyó a quienes al final del día terminan sufriendo sus consecuencias.

El llamado de atención acerca del origen de las normas penales exige volver a recordar la justificación “extra” que éstas requieren en comparación con el resto de las normas. Ello, señala el

¹⁰ NINO, “Derecho penal y democracia”, en MAURINO (ed.), *Los escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Gedisa, 2007, p. 21.

¹¹ Sobre el modo selectivo en el que operan las agencias penales en nuestro medio, ver ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

autor, es fundamental “precisamente por la naturaleza de lo que se encuentra en juego. En efecto, se trata aquí de la aplicación de la forma más severa, más atemorizante y más dañina del poder del Estado: el uso de la fuerza. Es una premisa clásica de la filosofía política que el uso de los poderes coercitivos del Estado requiere una justificación cuidadosa. Necesitaremos una justificación aun más firme y cuidadosa —propongo— cuando nos referimos al ejercicio, por parte del Estado, de una fuerza bruta que implica dañar a individuos y que puede incluir la privación de su libertad” (p. 166). Esta idea se encuentra en sintonía con conceptos desarrollados por otros autores tales como el “derecho a no ser castigado” de HUSAK¹² y el “principio de parsimonia” de BRAITHWAITE y PETTIT,¹³ que se caracterizan por poner de resalto que el uso de la vía penal por parte del Estado requiere de una justificación más sólida que en otras áreas. Para poder acercarnos, GARGARELLA sugiere que comencemos por reforzar los procesos de deliberación democrática previos a la toma de decisiones en este tema.

b. El miedo de los penalistas a tender un puente entre la democracia y el derecho penal

Luego de demostrar por qué sería beneficioso establecer vínculos entre una concepción deliberativa de la democracia y el origen de las normas penales, y diagnosticar que dichos vínculos no existen en la actualidad, en *Castigar al prójimo* se aborda, y se intenta superar, el principal obstáculo que existe en nuestro ámbito para que esa conexión se establezca. Quizás éste sea el análisis más lúcido e innovador que se encuentra en la obra: el intento de demostrar que la reticencia que han mostrado muchos de los teóricos de nuestro medio al momento de considerar una mayor participación ciudadana en las cuestiones penales no se encuentra justificada.

El diagnóstico es presentado del siguiente modo: “hay que tener cuidado antes de abrir la ‘caja de Pandora’ de la participación política en el derecho penal, dadas las dramáticas consecuencias que esto ha provocado (impulsos de venganza, castigos más duros, etc.). Esta clase de suposiciones han desempeñado un papel crucial en los debates sobre el castigo y la ley penal, empujando incluso a los teóricos de izquierda a resistir cualquier apertura del derecho penal a la participación democrática” (p. 225); también señala que “Se asume, entonces, que cualquier vínculo efectivo entre la ciudadanía y un hecho criminal es susceptible de terminar en la conformación de hordas que arrasan, espíritus sedientos de venganza, pulsiones violentas, incontenibles y extremas” (p. 48). Frente a ese panorama, el autor asume el desafío de pensar el derecho penal desde una perspectiva diametralmente opuesta. Si el pensamiento penal

¹² HUSAK, *supra* nota 6, pp. 157-171.

¹³ Ver BRAITHWAITE y PETTIT, *supra* nota 5, especialmente pp. 99 y 108.

predominante desconfía de la posibilidad de realizar una apertura democrática de los asuntos penales, GARGARELLA argumenta que eso es incorrecto y que no tenemos mucho para perder procediendo de ese modo, sino, por el contrario, mucho para ganar: “Aquellos de nosotros a quienes nos interesa extender el espacio para la democracia dentro del derecho penal queremos oír más la voz directa del pueblo: abogamos por un mayor papel de la ciudadanía en la creación, interpretación y aplicación del derecho penal” (p. 184).

El primer argumento con el que el autor analiza críticamente las posiciones reticentes es que éstas parten de “un entendimiento extremadamente empobrecido del sistema democrático” (p. 195). En este punto es contundente la crítica que realiza a las posiciones que asocian la idea de permitir una mayor participación ciudadana con propuestas meramente plebiscitarias sobre las cuestiones penales, donde la ciudadanía se limitaría a votar —de acuerdo con esas posiciones, mayoritariamente a favor— sobre proyectos que proponen aumentar las escalas penales o criminalizar más conductas, o que identifican la apertura democrática del derecho penal con la categoría de *populismo penal*.¹⁴ En este sentido, la primera observación acertada tiene que ver, tal como se adelantó, con el concepto de democracia del que parten las posiciones reticentes: una noción meramente *estadística* que pierde de vista las condiciones que debe reunir la democracia deliberativa, donde la participación ciudadana no se limita al voto por sí/no en los asuntos públicos sino que, por el contrario, implica una serie de condiciones que van mucho más allá.¹⁵ Por otro lado, también desde la óptica de la democracia deliberativa, se rechaza la idea de identificar la participación ciudadana en las cuestiones penales con el populismo penal, con el argumento de que éste último, lejos de vincularse con una apertura democrática del derecho

¹⁴ Si bien la bibliografía sobre el tema es sumamente amplia, es útil acudir a FERRAJOLI, “El populismo penal en la sociedad del miedo”, en FERRAJOLI (et. al.), *La emergencia del miedo*, Buenos Aires, Ediar, 2013, pp. 57-76, donde el concepto es definido como “el uso demagógico, declamatorio y coyuntural del derecho penal, dirigido a reflejar y, sobre todo, a alimentar el miedo como rápida fuente de consenso, trámites políticos y medidas contrarias a conceptos liberales, no sólo indiferentes a las causas estructurales de los fenómenos criminales e ineficaces para su prevención, sino también promotoras de un sistema penal desigual y muy lesivo para los derechos fundamentales”.

¹⁵ En otras ocasiones, GARGARELLA también ha criticado esta forma de entender la participación ciudadana en los asuntos públicos, al señalar que “el sufragio es una herramienta extremadamente limitada para hacer responder al gobierno ante la ciudadanía. Y es que, primero, los ‘mensajes’ que puede querer dar la ciudadanía a través del voto son múltiples, pero tienen sólo una oportunidad para expresarlos. Estos mensajes pueden aumentar o modificarse con el paso del tiempo, y muy habitualmente se traducen en pretensiones razonables, pero en tensión entre sí (por caso, cuando se pretende sancionar al Ejecutivo por lo que hizo ayer, y elogiarlo por lo que hizo hoy). Cada ciudadano cuenta con sólo un voto, cada cierto período de tiempo, lo cual difícilmente pueda ayudar a la ciudadanía a expresarse políticamente: resulta difícil transmitir sus múltiples acuerdos y desacuerdos en tantas áreas diferentes. En suma, dadas las enormes limitaciones que caracterizan al sufragio en este sentido, puede decirse que incluso el mecanismo de control más fuerte al que el pueblo tiene alcance es demasiado débil para asegurar su propósito” (GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución*, Buenos Aires, Katz, 2014, p. 295).

penal, parte de un empobrecimiento del diálogo democrático: “los populistas tienden a apelar a la ‘voluntad del pueblo’, pero, de hecho, con frecuencia ellos mismos no se molestan en consultar al pueblo al que apelan; no parecen estar en verdad interesados en colaborar con aquellos a los que invocan constantemente” (pp. 219-220).

El segundo argumento que emplea GARGARELLA se vincula con el miedo que las posiciones reticentes han mostrado frente a la posibilidad de ampliar la participación ciudadana en las cuestiones penales y el fenómeno que ha surgido a raíz de ello, caracterizado por reservar el ámbito de discusión a unos pocos: el *elitismo penal*. Nuevamente, el autor se ocupa de señalar las debilidades de la idea de aislar el debate de los asuntos penales con la finalidad de evitar que tengan lugar medidas punitivistas. Por un lado, se argumenta con la intención de desmitificar la idea de que la participación ciudadana en los asuntos penales deriva siempre en mayores dosis de punitivismo, advirtiendo que, si se parte de un debate democrático que respete las exigencias de la democracia deliberativa, se puede llegar a resultados opuestos a los pronosticados por las posturas reticentes¹⁶: “la postura que aquí sostengo se basa en la confianza, antes que en la desconfianza, en la discusión mayoritaria organizada a partir del respeto de ciertas reglas básicas. Insistiría también en la idea de que no hay razones para pensar que dicha decisión mayoritaria vaya a concluir en exigencias hiperpunitivistas (como las que hoy priman, de resultados de procesos de decisión elitista), ni, por el contrario, en formas de reproche estatal idénticas a las que uno, individualmente, considere más apropiadas” (p. 122). La existencia de algunos datos empíricos puntuales en la Argentina, como la existencia de elevados índices de absoluciones en casos juzgados a través del juicio por jurados —uno de los institutos emblemáticos de la participación ciudadana en el sistema penal—¹⁷ y el surgimiento de campañas donde personas que fueron

¹⁶ Existe un paralelo entre este argumento de GARGARELLA y lo afirmado por HUSAK sobre lo que sucede en Estados Unidos cuando este último, al analizar el endurecimiento de la política criminal en ese país, afirma que: “En cualquier caso, no debemos concluir demasiado rápido que Estados Unidos adopta estas políticas porque el público las demanda. En 2006 menos de un 1 por 100 de los estadounidenses nombraban la delincuencia como su principal preocupación política. En este asunto, los políticos han tendido a guiar más que a seguir la opinión pública. De hecho, la mayoría de los ciudadanos están sorprendentemente desinformados acerca de las tendencias que he venido describiendo. Subestiman enormemente la cantidad de castigo que se impone y favorecen una mayor moderación cuando son informados acerca de la severidad real de las sentencias criminales”. Ver HUSAK, *supra* nota 6, p. 57, nota 57.

¹⁷ Ver <http://www.pensamientopenal.org/dos-anos-de-juicios-por-jurados-en-provincia-de-buenos-aires/> [enlace verificado el día 2 de marzo de 2017].

víctimas de un delito proponen un acercamiento alternativo a la vía penal¹⁸ parecen corroborar la afirmación del autor.

Por otro lado, también se critica el concepto de elitismo penal desde la óptica de la democracia deliberativa, en tanto reduce drásticamente el número de actores que intervienen en el proceso de toma de decisiones: “el elitismo penal es, para los demócratas, particularmente deficiente en lo que concierne a la inclusión social, mientras que el populismo penal falla en cuanto a la deliberación colectiva” (p. 215).

En este punto, también resulta atractivo el análisis crítico que realiza de la posición de FERRAJOLI, a quien considera como un claro exponente del *elitismo penal* y le adjudica sostener que “las mayorías tienden a decidir irracionalmente; se dejan seducir y engañar por irresponsables; consagran la *kakistocracia* o gobierno de los peores; y se inclinan habitualmente por políticas que implican acciones opresivas sobre los derechos de las minorías” (p. 69). Estas ideas, por estar íntimamente vinculadas con las consecuencias que ha generado la falta de conexión entre democracia y derecho penal, son analizadas en el apartado siguiente.

c. Las consecuencias de los temores: la creación de una “esfera de lo indecible” cerrada a la participación ciudadana y la atribución de un rol protagónico al poder judicial

El modo en que se ha cerrado la puerta a la posible conexión entre la democracia y el derecho penal ha tenido varias repercusiones en cómo es concebida la discusión en este ámbito. La principal consecuencia, que GARGARELLA se ocupa de analizar críticamente, ha sido la creación de la llamada *esfera de lo indecible*, según la cual los derechos fundamentales no pueden ingresar en el debate democrático porque su finalidad es, precisamente, actuar como límites o *cartas de triunfo* frente a las posibles tiranías de las mayorías¹⁹, con lo que se otorga a los jueces un rol fundamental como guardianes de esos derechos. El diálogo con las ideas de FERRAJOLI —conocido defensor de esta posición— resulta inevitable y el autor lo presenta del siguiente modo: “Ferrajoli simplemente expropia esa discusión a la ciudadanía, a la que considera ansiosa por despedazar los derechos minoritarios. Pero lo cierto es que su teoría no aclara cuáles son esos derechos, ni cómo y quiénes tienen la capacidad para definirlos, ni de qué modo” (p. 73).

¹⁸ Al respecto, ver la iniciativa “Víctimas por la paz” de la Asociación Pensamiento Penal en <http://www.victimasporlapaz.com.ar> [enlace verificado el día 2 de marzo de 2017].

¹⁹ Tomo la expresión *cartas de triunfo* del célebre concepto elaborado por DWORKIN en *Los derechos en serio* (trad. Marta GUASTAVINO), Barcelona, Planeta De Agostini, 1993, pp. 36-37.

La réplica que GARGARELLA realiza a FERRAJOLI parte de una idea ya defendida con anterioridad por WALDRON y consiste, haciendo una apretada síntesis, en afirmar que gran parte de las cuestiones vinculadas a los derechos fundamentales —por esencia, abstractos o formulados en términos generales— son de difícil solución, y que como sociedad tendemos a discrepar sobre ello.²⁰ Así, frente a la tesis que presenta la *esfera de lo indecible* como algo autoevidente, GARGARELLA asume las debilidades de ese argumento y, en lugar de proponer a los jueces como los sujetos ideales para poner fin a las disputas acerca de los alcances de los derechos fundamentales, sostiene que es el pueblo, a través de un proceso de deliberación democrático, el que se encuentra más legitimado y en mejores condiciones para hacerlo. Asimismo, vincula este asunto con las críticas repasadas anteriormente sobre su firme postura con relación a que las mayorías, si se generan las condiciones adecuadas para un proceso de deliberación democrático, no van a adoptar soluciones que necesariamente deriven en violaciones de derechos fundamentales y en una mayor aplicación de poder punitivo.²¹

Uno de los ejemplos que el autor utiliza para ilustrar esta crítica es la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Gelman”²², a la que toma como una muestra de cómo las sociedades tienden a discrepar acerca de cuestiones vinculadas a derechos fundamentales y al castigo, y cómo la noción de la *esfera de lo indecible* puede entrar en tensión con procesos robustos de deliberación democrática que llevan a soluciones distintas a las adoptadas por los

²⁰ En términos de WALDRON, cuando critica la posición de DWORKIN, “No podemos jugar nuestras cartas de triunfo si estamos en desacuerdo sobre cuáles son los palos de la baraja”. Ver WALDRON, *Derecho y desacuerdos* (trad. José Luis MARTÍ y Águeda QUIROGA), Buenos Aires, Marcial Pons, 2005, p. 68.

²¹ Nuevamente, la conexión con WALDRON es evidente. Sobre la confianza en que las mayorías pueden tomar decisiones responsables sobre cuestiones vinculadas a derechos fundamentales, este autor señala: “Lo que he intentado mostrar hasta el momento es que no hay nada obvio en combinar el respeto por los derechos con una profunda desconfianza en las capacidades democráticas y representativas de las personas. En consonancia, no hay nada perverso en afirmar: ‘Las razones que me hacen pensar en el ser humano como portador de derechos son las mismas razones que me permiten confiar en él como portador de responsabilidades políticas. Precisamente porque yo veo a toda persona como un potencial agente moral, dotado de dignidad y autonomía, desearía confiar al pueblo *en masse* la obligación del autogobierno’. Una vez hemos visto *esto* como un conjunto inteligible de actitudes, podemos albergar más dudas a la hora de expresar nuestro entusiasmo por los derechos en términos de incapacitación a las instituciones representativas”. Ver WALDRON, *supra* nota 20, p. 314.

²² Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, 24 de febrero de 2011. El autor realizó un análisis crítico de esta decisión con anterioridad en GARGARELLA, “La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Gelman”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n.º 2, 2015. Lo que en el caso estaba en juego era determinar si la obligación del art. 1.1 de la CADH de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” y “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” es compatible con la sanción de una ley en un régimen democrático —respaldada luego por dos consultas populares directas— que opte por no sancionar penalmente a autores de determinados delitos graves, considerados como “graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos”. La Corte IDH, apelando a la idea de la “esfera de lo susceptible de ser decidido” por las mayorías, entendió que no lo era.

jueces, que gozan de credenciales democráticas endeblés²³ y, en este caso en particular, adoptaron una solución más “punitivista” que la sociedad misma. Por ello, también es utilizado como un caso que ejemplifica cómo el *elitismo penal*, que veda la participación ciudadana en los asuntos penales por temor a que ésta adopte soluciones que deriven en mayor castigo, puede estar equivocado en sus planteos.

Por último, el autor recuerda que la *esfera de lo indecible*, al rechazar que la participación ciudadana pueda ser idónea para determinar los alcances de los derechos fundamentales —especialmente los vinculados al sistema penal— deriva en la asignación de un rol protagónico al poder judicial. Al desconfiar de la participación ciudadana, se maximiza el rol de los jueces, a quienes se los asocia como custodios de los derechos y se les atribuye una capacidad especial para poder definir sus contenidos y resguardarlos de las pretensiones mayoritarias que puedan vulnerarlos. Sobre este tema, las críticas del autor giran en torno a intentar demostrar que esa confianza en los jueces no se encuentra del todo fundada, en tanto muchas de las críticas que se realizan a la participación ciudadana también son aplicables al poder judicial. Al respecto, el autor observa que “En primer lugar, podríamos decir que las pasiones, los intereses, los raptos de irracionalidad, no son patrimonio exclusivo de ningún grupo. Por caso, no hay razones para pensar que nuestro sistema judicial es más o menos invulnerable frente a sesgos de clase, género, religión o raza que queremos ver alejados de la decisión de conflictos sobre derechos. Más bien lo contrario” (pp. 74-75). Por ello, propone otorgar al poder judicial un papel más modesto que el que le otorgan las posturas reticentes a la participación ciudadana en los asuntos penales: “diría, de modo muy sucinto, que la postura que suscribo pretende poner en el centro del proceso de toma de decisiones la voluntad mayoritaria, reforzada y ‘ayudada’ por mecanismos institucionales diversos —que pueden incluir el control judicial—, organizados de forma tal de fortalecer el carácter imparcial del proceso de toma de decisiones mayoritaria” (p. 86).²⁴

Asimismo, al analizar el papel de los jueces en las cuestiones vinculadas al castigo, GARGARELLA realiza una fuerte crítica a la posición de ZAFFARONI, quien define el rol del juez penal con una analogía con la Cruz Roja, en tanto actor que interviene en un proceso que considera no legitimado —el poder punitivo y la guerra, respectivamente— con la finalidad de

²³ El autor analizó este asunto con anterioridad en GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Buenos Aires, Ariel, 1996.

²⁴ Sobre ello, ver GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

reducir los daños que éste genera.²⁵ El autor lo critica en los siguientes términos: “la respuesta favorable a mantener niveles bajos de coerción estatal resulta llamativa y, en principio, inadmisibles. Es como si luego de identificar apropiadamente la tortura como una aberración jurídica, aceptáramos aplicar dosis moderadas de tortura: frente a la tortura, la única respuesta estatal razonable es la de su rechazo incondicional. Mucho más si —como nos ocurre— tenemos a mano formas de reproche no excluyentes, no represivas y eficientes, como las vinculadas con la justicia restaurativa, medidas que (por más que merezcan reparos y mayores reflexiones) están desvinculadas de los irreparables, demolidores defectos que podemos asociar con el derecho penal actualmente existente” (p. 43). Por otro lado, también critica esta visión de la función del juez desde una perspectiva republicana: “desde el punto de vista republicano, su accionar es reprochable porque, al actuar de ese modo, se convierte en cómplice de una maquinaria a la que, en definitiva, alimenta y ayuda a mantener en funcionamiento (...) la mera devolución del individuo a la calle sólo implica volver a iniciar el ciclo represivo, y no ayuda a ponerle término. En dichos casos, la libertad dispuesta judicialmente es un elemento necesario pero en absoluto suficiente de la respuesta reclamada por el republicanismo (por ejemplo, el poder judicial podría contribuir, desde su legitimidad y funciones específicas, a la reinserción familiar y social de los excluidos) (...) Así, Zaffaroni ve tan limitado el margen de acción de la justicia que, para él, las agencias judiciales no pueden sino comprometerse con el derecho represivo existente y administrar ‘racionalmente’ dicha represión” (p. 41).

III. Cómo pensar el reproche penal en una sociedad democrática

Luego de repasar las virtudes que tendría la adopción de las ideas de la democracia deliberativa en los asuntos penales y analizar críticamente los argumentos contrarios a su posición, el autor ofrece una serie de reflexiones interesantes acerca de cómo, una vez aceptadas sus propuestas, puede ser pensada la idea del reproche penal en una sociedad democrática, a la que define como “los diferentes modos en que una comunidad democrática puede reaccionar frente al crimen” (p. 112).

²⁵ ZAFFARONI presenta su argumento del siguiente modo: “la guerra es un hecho de poder claramente deslegitimado y, sin embargo, nadie pone en duda la necesidad y racionalidad de los esfuerzos de los juristas dedicados al derecho humanitario y de sus agencias. La guerra está deslegitimada, pero el derecho humanitario está legitimado, en la medida en que procura reducir el nivel de violencia de un hecho de poder que está fuera de control, es decir, cuyo limitado poder le impide suprimir” (ZAFFARONI, *supra* nota 11, p. 204).

En este punto, el autor presenta lo que denomina “problema de la diversidad del reproche estatal”. Sostiene que “un Estado democrático tiene, y debe tener, la posibilidad de escoger de qué forma quiere reprochar ciertas conductas, y que esa forma puede incluir o no la modalidad del castigo tal cual hoy la conocemos y practicamos. Lo dicho implica reconocer, ante todo, que existe una distinción entre reproche, sanción y castigo que merece ser analizada y explorada con más cuidado” (pp. 114-115). Además, realiza una distinción de especial interés para sociedades que, como las nuestras, tienden a asociar el reproche inmediatamente con la privación de libertad de la persona que cometió un delito: “reprochar a alguien por cierta inconducta no implica castigarlo, y castigar a alguien no implica necesariamente excluirlo de la sociedad confinándolo a una cárcel” (p. 137).²⁶

Nuevamente, las críticas realizadas a la decisión de la Corte IDH en el caso “Gelman” son especialmente interesantes. El autor explica que la idea de la Corte IDH de asociar la “obligación de respetar y garantizar los derechos” con la existencia necesaria de un “reproche” y que éste sea el “castigo” es incorrecta y tiende a promover un mayor uso de la vía penal en casos en que ésta puede no ser la mejor alternativa para solucionar un conflicto. Asimismo, refuerza la idea de que, si bien el “reproche” puede ser obligatorio, la forma de llevarlo adelante debe ser decidida por los Estados a través de la deliberación democrática, lo cual puede llevar a vías distintas al “castigo”.

Siguiendo los postulados de la democracia deliberativa, la existencia de un crimen llama la atención acerca de la necesidad de reafirmar la convicción de que el diálogo sigue siendo la alternativa que más se ajusta en términos democráticos a lo que debería ser el reproche. Pensar en la cárcel como respuesta predominante frente al crimen inmediatamente entra en tensión con este ideal: si encerramos a la persona que cometió el delito, estamos clausurando toda posibilidad de diálogo.²⁷ Por ello, el autor presenta un modo de pensar el reproche que se ajuste a los postulados

²⁶ BRAITHWAITE y PETTIT dejan este punto en claro al criticar el enfoque que usualmente predomina en nuestro medio con las “teorías de la pena” que toman como punto de partida la justificación del castigo en lugar de partir de algo previo, como la idea del reproche y los distintos modos en que éste puede canalizarse, siendo el castigo una opción entre varias: “Las teorías del castigo son guías dudosas al elaborar políticas públicas porque encierran nuestra reflexión acerca del conflicto humano y el infligir daños en el cauce de los estereotipos criminales; esos estereotipos invocan juicios respecto de qué castigo debe imponerse”. Ver BRAITHWAITE y PETTIT, *supra* nota 5, p. 17.

²⁷ Sobre este punto, el autor afirma que “Curiosamente, en la actualidad, tendemos a separar y aislar a los delincuentes... con el objetivo de reintegrarlos (!). Por supuesto, en situaciones como la actual —en que primero se separa a los ofensores de sus parientes, sus afectos, sus vecinos, sus vínculos, y luego se los vincula con todos los peores ofensores que se han detectado en la comunidad— la reincidencia criminal resulta esperable. Al menos, en tales casos uno no debería lamentarse ni mucho menos sorprenderse por tales sucesos. La reincidencia se convierte, en buena medida, en un mero producto del tipo de respuesta escogida por el Estado frente al crimen” (pp. 21-22).

de la democracia deliberativa que defiende: “No queremos —como nos recuerda Duff— ‘amoldar a alguien a los golpes’, asustarlo, provocar que la persona tenga miedo y por eso no vuelva a cometer una falta. Buscamos que entienda la gravedad de la falta cometida y que no vuelva a hacerlo. Esta forma de respuesta —que refleja, a la vez, ciertos aspectos tanto individualistas como comunitaristas— nos conduce al tipo de diálogo moral que tenemos y queremos fortalecer y restablecer en caso de rupturas. Un diálogo que nos pone en contacto con la víctima, con el victimario y con los restantes miembros de la comunidad. Un diálogo del que todos, siempre, formamos parte, más allá de los quiebres eventuales que puedan producirse” (p. 19). Nuevamente, en este punto la posición del autor se diferencia radicalmente de las ideas de FERRAJOLLI.²⁸

Una de las principales expresiones de este enfoque se presenta en los institutos propios de la llamada justicia restaurativa. Ésta, dejando de lado al encarcelamiento como principal forma de reproche, propone acudir a medios alternativos de resolución de conflictos vinculados al diálogo y que se encuentren más cerca de las ideas que inspiran a una democracia de tipo deliberativa. Nuevamente, se observa cómo este último concepto, que gira alrededor de todas las argumentaciones que el autor realiza sobre cómo pensar el derecho penal, puede servir de respaldo teórico para impulsar formas de pensar el reproche distintas a las que ocupan el lugar central en el escenario de hoy en día —es decir, el castigo a través del encarcelamiento—.

IV. Reflexiones finales

Nos encontramos frente a un trabajo que demuestra la capacidad de rendimiento de las teorías de la democracia para analizar cómo, desde el derecho, concebimos a los asuntos públicos —en este caso, el derecho penal—. Sin embargo, antes de finalizar me interesa exponer —aunque sin desarrollarlos por completo— algunos puntos que, intuyo, pueden llegar a ser problemáticos y que requerirían un tratamiento más profundo.

²⁸ FERRAJOLLI critica esta posición: “...tampoco la sanción penal debe tener ni contenidos ni fines morales. Del mismo modo que ni la previsión legal ni la aplicación judicial de la pena deben servir ni para sancionar ni para determinar la inmoralidad, así tampoco debe tender su ejecución a la transformación moral del condenado. El estado, que no tiene derecho a forzar a los ciudadanos a no ser malvados, sino sólo a impedir que se dañen entre sí, tampoco tiene derecho a alterar —reeducar, redimir, recuperar, resocializar u otras ideas semejantes— la personalidad de los reos. Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es. Las penas, consiguientemente, no deben perseguir fines pedagógicos o correccionales, sino que deben consistir en sanciones taxativamente predeterminadas y no agradables con tratamientos diferenciados y personalizados de tipo ético o terapéutico”. Ver FERRAJOLLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ), 11.^a ed., Madrid, Trotta, 2011, pp. 223-224.

En primer lugar, existen algunos problemas que son comunes a todos los ámbitos donde la solución que se propone es una mayor participación ciudadana en el debate de la cuestión penal. Por un lado, los críticos pueden demandar que los defensores de estas propuestas desarrollen con mayor profundidad cuáles serían los arreglos institucionales concretos para que sus ideas puedan ser implementadas. Por el otro, alguien podría formular una crítica que observe que los defensores de la democracia deliberativa y del aumento de la participación ciudadana confían excesivamente en ella. Así lo ha observado ANDRÉS IBÁÑEZ al señalar respecto de estas posiciones que “quienes así discurren, contraponen una imagen candorosa e incluso naïf de la institución parlamentaria a una visión tremendista y apocalíptica de la jurisdicción”.²⁹ De acuerdo con esta última crítica, los defensores de la democracia deliberativa en el campo penal podrían llegar a estar partiendo de una concepción “color de rosa”³⁰ del incremento de la participación ciudadana, sin reparar en que los resultados pueden no ser necesariamente los esperados.

GARGARELLA desarrolla algunos de estos puntos pero sin que ocupen un lugar primordial en su argumentación. En este sentido, advierte sobre los problemas que existen actualmente para la implementación de mecanismos propios de la democracia deliberativa (p. 184-185) y, con relación a la segunda crítica, resalta “Si ‘nosotros’ estamos a favor de esa particular forma de entender la democracia no es porque la democracia tienda a producir buenos resultados en cuestiones vinculadas al delito, sino por una cuestión de principios: defendemos los mecanismos

²⁹ La crítica continúa del siguiente modo: “En efecto, tratándose de la primera suele argumentarse en términos de modelo y prescindiendo de lo que ocurre con él en la práctica de la política; pero, en relación con la segunda, se hace justamente lo contrario, pues la referencia es a lo peor de su realidad empírica. En efecto, sistemáticamente se contraponen el *tipo ideal* de parlamento y el *antimodelo* de juez, constitucional u ordinario. Que es por lo que, creo, existen buenas razones para exigir cierto *juego limpio* en la fijación de las bases de esta clase de debates; y para reclamar que, tanto si se discurre sobre modelos como si se hace sobre su plasmación efectiva, la opción de campo sea transparente y bilateral y la confrontación se ajuste a las reglas de la argumentación racional” (ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015, pp. 134-135). Agradezco a Juan Lucas Finkelstein Nappi por sugerirme el uso de esta frase, que ilustra con claridad este aspecto de la discusión.

³⁰ Tomo esta idea de la presentación que hace WALDRON a su plan de trabajo, al preguntarse “¿qué pasaría si trazáramos una imagen color de rosa de los Parlamentos y de sus estructuras y procesos que coincidiera, en su carácter normativo y quizás en su ingenuidad, con la imagen que atribuimos a los tribunales (el ‘foro de los principios’, etc.) en los momentos álgidos de nuestra teoría constitucional?” y observar que “Para muchos experimentados estudiosos de los parlamentos, especialmente en los Estados Unidos, un objetivo de este tipo es una muestra de ingenuidad. Las condiciones en las que son aprobadas efectivamente las leyes, dicen estos autores, no apuntan en la dirección prescrita por aquello que ha sido aprobado, sino en la dirección opuesta, en la de ser cautos respecto de sus disposiciones. Pero aun cuando dicha cautela sea comprensible, una teoría que se limite a expresar cautela no es adecuada para la teoría del derecho. La legislación existe no sólo como un evento político que podemos menospreciar o sobre el que podemos hacer burla, sino como algo que tiene pretensión de autoridad. A menos que propongamos considerar la pretendida autoridad de la legislación como una pura superposición, dicha pretensión requerirá eventualmente de una explicación filosófica”. Ver WALDRON, *supra* nota 20, pp. 90-91.

democráticos porque entendemos que nos ofrecen la mejor forma (es decir, la más justificada) para gestionar nuestras desavenencias e incertidumbres en materia criminal y representan acuerdos respetuosos de una moral igualitaria y una igualdad digna. Dicho de otro modo, defenderíamos esos mecanismos incluso aunque tales estudios empíricos mostraran resultados diferentes o menos atractivos” (p. 227). Sin embargo, ¿esto permite descalificar sus propuestas? En absoluto. Muchas veces las teorías razonables en el plano teórico pueden tener ciertos desarreglos al momento de su implementación, y esto no es un dato que lleve a descalificarlas sino a destacar la necesidad de seguir trabajando en ese aspecto. A modo de ejemplo, el poder judicial también puede ser merecedor de las mismas críticas: desde el plano teórico lo postulamos como el *foro de los principios*, como un lugar ideal para discutir sobre nuestros derechos y sus alcances, pero en la práctica muchas veces nuestros jueces no se encuentran a la altura de las circunstancias. El problema se presenta en más de una ocasión en la discusión pública de los asuntos penales en nuestro país.³¹ No obstante, una exposición más completa acerca de los posibles arreglos institucionales que permitan acercar la participación ciudadana al derecho penal sería ideal para dar a la teoría una mayor posibilidad de influir en la práctica y lograr la *refundación* que se propone.³²

Íntimamente vinculado con lo anterior, también resultaría interesante el desarrollo de herramientas que permitan analizar las reformas penales y determinar si éstas se acercaron o no al ideal de participación democrática que permita considerarlas legitimadas. Tomando como ejemplo el caso argentino, tratar del mismo modo a las llamadas “leyes Blumberg” y a la elaboración del anteproyecto de reforma de Código Penal de 2014 merecería, salvando las diferencias evidentes, las mismas críticas que GARGARELLA realiza a la Corte IDH cuando en su jurisprudencia no advierte diferencias entre leyes de amnistía sancionadas en períodos dictatoriales y las que, como en el caso uruguayo, fueron adoptadas luego de un proceso democrático amplio e inclusivo. La existencia de estándares que permitan evaluar el pedigrí democrático de las reformas penales permitiría establecer distinciones y llevar adelante esa tarea de un modo más eficaz.

Un segundo aspecto que puede ser problemático es aquel que se genera luego de aceptar la necesidad de que determinadas cuestiones salgan fuera de la *esfera de lo indecible* y pasen a ser

³¹ Otro claro ejemplo es la primera crítica que se realiza a las propuestas de disminuir radicalmente el uso del encarcelamiento como respuesta a los conflictos penales: “eso suena bien en la *teoría* o para sociedades como las nórdicas, pero la *práctica*, en nuestra sociedad, es inviable”.

³² Sobre la importancia de que las teorías puedan influir en la práctica, ver BRAITHWAITE y PETTIT, *supra* nota 5, p. 176: “Los reformistas armados con tan sólo teorías bellas no están a la altura de sus oponentes bien pertrechados”.

objeto de la deliberación democrática. En este punto, alguien podría genuinamente preguntarse: ¿Acaso ya no existirían límites de ningún tipo a las cuestiones susceptibles de ser decididas democráticamente, o sigue existiendo un núcleo duro que no puede ser sometido a este mecanismo de toma de decisiones? Este es un punto crucial para toda argumentación que defienda una ampliación de la participación ciudadana, especialmente en el campo penal, que tradicionalmente ha sido el más blindado.

GARGARELLA aclara alguna de estas cuestiones pero de un modo quizás insuficiente. Los defensores de la democracia deliberativa, frente a la caricaturización que realizan de sus ideas algunos de sus críticos al afirmar que “todo vale, todo puede ser decidido por la regla de la mayoría”, replican que por supuesto que existen cuestiones que todavía permanecen fuera de ese ámbito, y que éstas son las que hacen a las pre-condiciones para la existencia de ese debate democrático y cuestiones que hacen a la moral privada de las personas³³, aunque esto, pese a otorgar una posible respuesta, no brinda una claridad absoluta y parece trasladar la discusión a otro ámbito sin solucionar los posibles nuevos desacuerdos que puedan surgir. En lo que hace al derecho penal, parece ser que existen algunos derechos que escapan a la observación de que “usualmente tendemos a no estar de acuerdo, porque son de difícil interpretación”, tales como el derecho fundamental a no ser sometido a torturas, que quedarían fuera de la discusión democrática.³⁴ También existen algunas cuestiones que tampoco podrían ser sometidas al debate democrático ya que no dependerían del consenso —lo que sí puede darse en la interpretación de los alcances de algunos derechos—, como el establecimiento de la verdad de la hipótesis de una acusación en relación con los hechos que se le imputan a una persona en el proceso penal.³⁵ Estas aclaraciones son necesarias para comprender mejor la crítica que GARGARELLA realiza al *elitismo penal*: quizás no debemos entender que hay que eliminar la llamada *esfera de lo indecidible*, sino que los alcances que hoy en día se le otorgan son demasiado amplios, no encuentran fundamento, y tratan sobre muchas cuestiones en torno a cuya interpretación tendemos a discrepar. El ejemplo más claro es el que el autor resalta al criticar la decisión de la Corte IDH en el caso “Gelman”: de

³³ Una exposición sintética puede verse en GARGARELLA, “Se puede plebiscitar todo?”, disponible en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2011/06/se-puede-plebiscitar-todo-gelman.html> [enlace verificado el día 24 de marzo de 2017].

³⁴ Sobre este punto, ver FINKELSTEIN NAPPI, “Puntos de encuentro (y otros de desencuentro) entre Ferrajoli y ciertos críticos” en GARGARELLA/PASTOR (dir.) y FINKELSTEIN NAPPI (coord.), *Constitucionalismo, garantismo y democracia. Puentes dialógicos entre el derecho constitucional y el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, pp. 181-184.

³⁵ Ello podría ser sintetizado en la idea de que “la verdad no es plebiscitable”. Al respecto, ver las críticas al llamado “consensualismo” en las teorías de la verdad en GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, 2.ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, pp. 43-46.

la obligación prevista en el art. 1.1 de la CADH de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” y “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” difícilmente se derive la obligación de los Estados de “perseguir, capturar, enjuiciar y condenar a los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la CADH”.³⁶ La existencia de tal *derecho a la pena*³⁷ dentro de la *esfera de lo indecible* es sumamente discutible y, si se parte de una concepción deliberativa de la democracia, el pueblo sería el que se encuentra en mejores condiciones para determinarlo y decidir incluso en un sentido opuesto, como sucedió en el caso uruguayo. Con el derecho fundamental a no ser sometido a torturas sucede precisamente lo contrario: si observamos cómo éste se encuentra formulado en numerosos catálogos de derechos fundamentales, vemos que lo está en términos absolutos que no ofrecen mayores dudas. Por ello, sería saludable que en futuros trabajos se teorice con mayor detalle acerca de qué cuestiones vinculadas al derecho penal quedarían fuera del debate democrático *aun* partiendo de un compromiso robusto con la deliberación pública.

Dicho lo anterior, *Castigar al prójimo* es una obra cuya lectura se presenta como indispensable para brindar una bocanada de aire fresco a la discusión tradicional sobre el derecho penal en nuestro medio. Las propuestas y críticas desafiantes que presenta muestran las debilidades de varias de las concepciones más arraigadas que la academia tiene sobre el asunto y obligará a sus defensores, si toman en serio el debate,³⁸ a reelaborarlas a la luz de estos nuevos argumentos.

³⁶ Sin embargo, a modo ilustrativo, podría ponerse en duda que esta posición de la Corte IDH sea así de absoluta. Al respecto, puede destacarse que en la sentencia del caso “Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”, del 25 de octubre de 2012, en el voto “razonado” —¿acaso un voto puede ser “no razonado”? — de uno de los jueces, al que adhirieron otros cuatro, se señaló que “*El derecho de las víctimas y de las sociedades de acceder a la verdad de lo ocurrido adquiere un peso especial que debe considerarse en un adecuado ejercicio de ponderación para delinear las especificidades de la justicia de tal forma que no sea antagónica con la justicia transicional requerida en procesos de pacificación y reconciliación. En ese contexto, se pueden diseñar pautas específicas para el tratamiento de los responsables de las más graves violaciones abriendo el camino, por ejemplo, de priorizar los casos más graves como ruta de manejo de una problemática en la que podrían ser, en teoría, muchos miles los procesados y atender los casos de menor gravedad a través de otros mecanismos*”. No obstante, al no ser la idea del autor criticar exclusivamente la jurisprudencia de la Corte IDH sino tomar el argumento que ésta utilizó en “Gelman” como punto de partida para una discusión que excede las fronteras del sistema interamericano, esta observación pierde relevancia. Agradezco a Fernando Gauna Alsina por advertirme sobre lo señalado en el caso “Masacres de El Mozote”.

³⁷ Para una refutación de la existencia de tal derecho, ver AMBOS y DÍAS, “¿Un derecho humano a la pena?”, en *Derecho Penal Contemporáneo - Revista Internacional*, n.º 57, Bogotá, Legis, 2016, pp. 49-74.

³⁸ Algo que difícilmente ocurra ya que la mayoría de los penalistas de nuestro medio —salvo notables excepciones— siguen asumiendo la misma actitud que supo describir MALAMUD GOTI en “¿Por qué resulta tan difícil tolerar a un penalista?”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2002/B, Editores Del Puerto.