

---

# **El castigo deliberado: comentarios críticos al Capítulo 8 de *Castigar al prójimo* de Roberto Gargarella**

---

Rocío Lorca Ferreccio\*

## **I. Democracia a todo lo largo. Democracia, derecho penal y protestas sociales**

El capítulo “Democracia a todo lo largo. Democracia, derecho penal y protestas sociales”<sup>1</sup> aparece después de que el autor ya ha defendido la importancia de democratizar al derecho penal y ha propuesto algunas formas institucionales que este esfuerzo de democratización podría adquirir. A estas alturas del libro la tesis central del autor ya está bastante clara: el derecho penal y la democracia deben relacionarse porque la intervención coactiva del Estado requiere de una justificación frente a la autonomía de las personas, dicha justificación depende desde el punto de vista del autor, de que las decisiones en las que se base la intervención estatal sean resultado de acuerdos deliberados por todos quienes podrían verse afectados por ellos, mediante un proceso inclusivo.<sup>2</sup> En este capítulo, el autor se dedica a robustecer dicha tesis aludiendo a ciertos espacios o dimensiones en los que la teoría penal ya ha identificado una relación fructífera entre el derecho penal y la participación política, y luego identificando los espacios en los que dicha relación debería profundizarse. La propuesta al final del capítulo es que el espacio de la relación entre democracia y castigo estatal es uno solo: todo el derecho penal.

De acuerdo con Gargarella, el primer lugar de encuentro entre la teoría democrática y la teoría del derecho penal se ha dado en el marco de aproximaciones teóricas al juicio penal que lo han concebido como un proceso comunicativo con el delincuente. A diferencia de los enfoques expresivos de la función de la pena y del juicio penal, el enfoque comunicativo sería un enfoque dialógico en el que habría una especie de

---

\* Profesora de Derecho Penal, Universidad de Chile, rlorca@derecho.uchile.cl

<sup>1</sup> Gargarella, Roberto, “Democracia todo a lo largo. Democracia, derecho penal y protestas sociales”, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2016, pp. 197-238.

<sup>2</sup> *Ibíd.*, pp. 32-38.

conversación entre los intervinientes, en la cual todos se escuchan y están dispuestos a dejarse persuadir. Un segundo lugar de encuentro entre democracia deliberativa y derecho penal puede identificarse en ciertas exigencias específicas de inclusividad en el proceso de toma de decisión judicial. El mejor ejemplo de este encuentro son las teorías de justicia restaurativa que han sostenido que el proceso penal debe establecer formas concretas de incluir a la comunidad y las víctimas en la decisión sobre la forma adecuada de responder frente a un delito, haciendo eco de la famosa idea de Christie de devolverle el conflicto a las personas.<sup>3</sup> Pero estos planteamientos también podrían manifestarse en una recuperación o fortalecimiento del rol de los jurados.

Finalmente, un tercer lugar de encuentro entre democracia y derecho penal puede encontrarse en la influencia que ha tenido la teoría democrática en la evaluación de los estándares para la criminalización primaria o legislativa, esto es, las decisiones sobre qué penalizar, cómo y cuánto. Básicamente, la teoría democrática ha clarificado y fortalecido la crítica contra el elitismo penal por una parte y contra el populismo penal por la otra. El elitismo sería problemático porque afecta los niveles de inclusividad que exige la legitimidad democrática y que hacen posible que las decisiones colectivas tengan los niveles de imparcialidad que las vuelven válidas respecto de todos. El populismo, en cambio, sería problemático porque impide el desarrollo de la deliberación al transformar las meras opiniones en juicios e impedir el tipo de reflexión que hace que las personas realmente puedan apropiarse de sus valoraciones.<sup>4</sup>

202

A continuación, el autor busca mostrar que es necesario ir más allá de estas tres dimensiones y profundizar la conexión entre teoría democrática y derecho penal. Para ilustrar la importancia de esta profundización y poner de relieve el tipo de problema para cuya solución la democracia deliberativa ofrecería buenas recetas, el autor analiza los casos “Schiffrin” de Argentina y “Austin y Saxby” de Inglaterra. El primero de estos casos consiste en la imposición de una sanción a una ciudadana Argentina por haber participado en una manifestación. Parte de la sanción incorporó una orden de no participar en ese tipo de manifestaciones por dos años. Básicamente, a juicio del tribunal de casación, la forma legítima de manifestarse que le cabe a los ciudadanos es el sufragio y no otra.<sup>5</sup>

En el segundo caso, “Austin y Saxby”, reclamaron una indemnización por haber sido víctimas de una detención ilegal cuando la policía, para contener una protesta, decidió cercar a un grupo de protestantes e impedirles salir del cerco por más de 6 horas. La autoridad judicial consideró que la medida estaba justificada expresando

---

<sup>3</sup> Christie, Nils, “Conflicts as property” en: *British Journal of Criminology*, Vol. 17, N° 1, 1977, pp. 1-15.

<sup>4</sup> Gargarella, *supra* nota 1, pp. 218-223.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 198.

una cierta deferencia a la policía como el órgano técnico que podía identificar cuáles eran las medidas apropiadas para proteger los derechos de propiedad o de integridad física, que la protesta supuestamente amenazaba.<sup>6</sup>

En relación a estos casos, el autor sugiere que éstos mostrarían que falta mucho camino por recorrer en la vinculación entre teoría democrática y derecho penal. En primer lugar, según Gargarella la estructura jurídico-céntrica, vertical e individualizada de la justicia penal propició en ambos casos una solución excesivamente restrictiva de derechos políticos que no se habría producido en el contexto de una justicia deliberativa. En segundo lugar, dado que la justicia deliberativa no sólo debería propiciar una transformación de los procesos judiciales sino también otorgar criterios sustantivos para definir qué prohibir, cómo y cuánto, el autor sugiere que una democratización del derecho penal (procesal y sustantivo) debería conducir a una moderación penal, de modo tal que las leyes que permitieron la afectación de los derechos de libertad ambulatoria y derechos políticos de las víctimas de los casos “Schiffirin” y “Austin-Saxby”, posiblemente no se habrían producido.

Finalmente, y quizás de modo más importante, el autor utiliza estos casos para llevar adelante la idea de que una conexión más profunda entre la democracia deliberativa y las instituciones penales limitaría de manera radical la posibilidad de restringir derechos de participación política, en particular el derecho a la protesta, que es especialmente importante para asegurar la participación de grupos que carecen de una influencia política igual a la de las élites sociales y en esa medida vienen a solucionar un déficit de legitimidad de nuestras instituciones.

203

## II. Elogios y críticas

Presentado el argumento del capítulo, a continuación formularé una mezcla de elogios y comentarios críticos cuyo fin es poner algo de presión en el argumento del autor para hacerlo más específico y para sugerir que puede ser todavía más radical en su crítica.

### 1. Las virtudes del encuentro entre democracia y derecho penal

En la identificación del impacto de la democracia deliberativa en la criminalización primaria o la legislación penal, se asoma quizás la reflexión más profunda a la que invita este libro. El autor ejemplifica con mucha persuasión la potencialidad que tiene una concepción deliberativa de la democracia en términos de capacitarnos para el autogobierno y para transformarnos en nuestra mejor versión de nosotros mismos, en tanto comunidad política. La tesis que está a lo largo del

---

<sup>6</sup> *Ibid*, pp. 199-201.

libro y que queda muy depurada en esta parte del octavo capítulo, es la idea de que la deliberación nos permite profundizar nuestras consideraciones, volverlas más precisas y razonadas.

El autor identifica muchas dimensiones por las que esto es relevante para nuestras instituciones políticas y para el derecho penal en particular, sin embargo, hay una dimensión que Gargarella parece pasar por alto y que yo quisiera añadir a este listado: esta es la dimensión de responsabilidad social.

Como sugiere el propio Gargarella al contrastar la democracia con las encuestas de opinión, solo podemos identificar como propios aquellos juicios que son resultado de un proceso deliberativo, solo estos juicios nos representan. Pero la virtud de la pertenencia de estos juicios no solo es la representación, sino también el hecho de que la deliberación nos vincula a estos juicios como agentes responsables. Participar en la definición de nuestras decisiones colectivas entonces no sólo las vuelve más legítimas por todas las razones que Gargarella expone con gran claridad y síntesis, sino también las vuelve nuestras en el sentido de que somos plenamente responsables por ellas. De ahí que una mayor democratización del derecho penal, nos debería conducir a asumir una mayor responsabilidad por nuestras instituciones penales, y esto vuelve más probable que intentaremos reformarlas hasta hacerlas más decentes.<sup>7</sup>

## 2. La paradoja del derecho a la protesta

En relación al análisis de la protesta como forma de participación política, todo parece indicar que, tal como lo sostiene Gargarella, los estándares de una democracia deliberativa deberían restringir las limitaciones al derecho a la protesta, pues existen buenas razones para considerar a la protesta como una manera fundamental de participación política.<sup>8</sup> Sin embargo, y a pesar del riguroso análisis que el autor hace de estas razones, parece haber algo paradójico en la institución de la protesta que podría debilitar el argumento de Gargarella. Si la protesta es una forma valiosa de participación política, ¿en qué medida no se ve frustrada cuando no existe resistencia alguna frente a ella? Aquí parece que Gargarella se enfrenta a un dilema: si su defensa al derecho a protestar termina siendo demasiado eficiente y logra desmoronar las resistencias al ejercicio de este derecho, entonces la protesta perdería el poder expresivo que la vuelve de hecho una forma de participación política anhelada por los grupos más oprimidos.

Puede parecer algo absurdo pretender proteger algo, en este caso la protesta, mediante su afectación, esto es, la limitación del derecho a la protesta, pero esta

<sup>7</sup> Ristroph, Alice, "Responsibility for the criminal law" en: Duff, Antony y Green Stuart (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 107-123.

<sup>8</sup> Gargarella, *supra* nota 1, pp. 223-236.

es una técnica de protección que usamos todo el tiempo, el derecho en cierta medida es precisamente una manera de proteger la libertad mediante su afectación. Entonces la preocupación es que puede ser que por tratar de reconocer la legitimidad de la protesta, le terminemos restando eficacia y esto seguramente no será algo que aumentará los niveles de inclusión social de los grupos más oprimidos. Esta ciertamente no es la consecuencia natural del argumento de Gargarella, ni un argumento para limitar el derecho a la protesta, pero parece necesario incorporar esta complejidad al asunto.

Un segundo aspecto problemático de la protección del derecho a la protesta, se relaciona con la idea de que la vigencia de un sistema democrático supone un cierto nivel de vinculación a los procesos de deliberación política. Si bien estoy de acuerdo con el autor en que la deliberación no debe restringirse formalmente a ciertas maneras adecuadas de participar como el voto, en algún punto la vigencia de un sistema democrático depende de que como ciudadanos estemos dispuestos a obedecer reglas con las que estamos en desacuerdo. La deliberación no asegura que al final estaremos todos persuadidos de que las reglas adoptadas son las correctas, pero sí legitima dichas reglas por la manera en la que han sido adoptadas, esto es, en un proceso en el que hemos visto escuchadas nuestras visiones y hemos tenido oportunidad de intentar persuadir a los demás y de ser persuadidos.

Lo anterior implica que tiene que haber algún límite para que la protesta sea de hecho una forma legítima de participación política. Si bien uno puede tener una concepción expansiva sobre las formas válidas de deliberación, y yo estoy de acuerdo con el autor en que la deliberación no se puede restringir a una forma de discurso específico, la protesta sí podría impedir la deliberación, por ejemplo, cuando los movimientos sociales que llevan adelante las protestas adolecen de falta de democracia interna impidiendo precisamente el tipo de diálogo que la democracia deliberativa busca instaurar.

205

### 3. Deliberación y castigo: la medida de la conexión

En su conclusión el autor señala que una conexión más profunda entre democracia y derecho penal debe implicar que la legitimidad de la ley penal esté atada a los estándares de la democracia deliberativa y esto es consecuencia del hecho de que la pena tiene un impacto sobre las personas en que se impone, un impacto muy intenso y por ello necesitado de legitimación. Yo estoy de acuerdo con la tesis central del libro, o podría decir que el autor me ha persuadido, sin embargo, me parece que al final el autor nos ha ofrecido una teoría general sobre la legitimidad del Estado antes que una teoría sobre la legitimación del castigo. Esto parece ser consecuencia de que el autor no distingue con claridad al derecho penal frente a otras formas de coerción estatal, una confusión que se vuelve evidente por la manera

indiferenciada en la que el autor analiza los casos “Schiffirin” y “Austin y Saxby”. Aun cuando en ambos casos el poder coactivo del Estado se despliega con una intensidad equivalente, sólo el caso de Schiffirin es un caso de intervención punitiva del Estado, sólo allí se impone un castigo a través del derecho penal.

Lo que se le escapa al autor aquí es que lo distintivo del castigo no es la intensidad de su violencia sino el hecho de que su violencia es deliberada. En otras palabras, la cualidad del castigo que lo distingue de las intervenciones coactivas de orden o de policía como las del caso “Austin y Saxby”, no es la masividad de la afectación de derechos que el castigo supone, sino el nivel de deliberación con el cual se impone dicha afectación. Esta característica de lo penal, le otorga una razón independiente y a mi parecer crucial, para defender la aplicación de los principios de la democracia deliberativa al derecho penal. Es decir que lo que vuelve urgente la democratización del derecho penal, no es el puro hecho de la violencia sino el hecho de que se trata de una violencia deliberada.

Esto puede quedar bien ilustrado con una mirada al diálogo sobre los mitilenos relatado por Tucídides en la *Guerra del Peloponeso*. En este diálogo, los atenienses deliberan sobre la necesidad de reconsiderar y modificar la sanción que le habían decidido imponer a los mitilenos por su intento de revuelta, esta sanción fue tomada al fragor de la batalla y consistiría en matar a todos los hombres capaces de pelear y esclavizar a las mujeres y los niños.<sup>9</sup>

206

Un par de días después de definida la sanción contra los mitilenos, surge entre algunos la moción de reconsiderar la sanción. Aquí Tucídides relata un diálogo en el que Cleon defenderá la medida original, y Diódoto, defenderá la necesidad de moderarla. Cleón considera que, como regla general, la sanción más prudente es siempre aquella que es concebida cuando la afrenta está más cercana y las emociones están más intensas, pues allí no hay miedo. La forma que la violencia adquiere en este caso, es la de una venganza y Cleón defiende la necesidad de ella. Diódoto, en cambio, es partidario de reconsiderar la medida precisamente porque al fragor de la batalla uno no puede tomar la decisión más prudente, pues el apuro y la impulsividad son enemigos de las buenas decisiones. El juicio requiere deliberación, información, tiempo y una cierta distancia con el evento. Lo correcto, según Diódoto no es vengarse sino castigar. Luego de escuchar ambos argumentos, los atenienses deciden temperar la sanción a los mitilenos y seguir el consejo de Diódoto.

El diálogo sobre los mitilenos ejemplifica algo que el autor ha elaborado durante todo el libro, esto es, que una mayor democratización debería llevar a una moderación penal antes que al punitivismo, pero también pone de relieve que lo que caracteriza al castigo o por lo menos lo que nos permite distinguirlo

---

9 Thucydides, *The Peloponnesian War*, David Grene (ed). y Thomas Hobbes (trad.), University of Chicago Press, 1989, pp. 176-180.

de otras formas de violencia, es su carácter deliberado. Así, el carácter deliberado de la pena la vuelve más moderada y en cierta medida más legítima frente a otras maneras de reaccionar frente a una agresión, pero este mismo carácter deliberado le impone ciertos desafíos específicos de justificación. La existencia de una pausa, de un procedimiento de decisión que le permite a la violencia transformarse en un castigo nos empuja directamente a la cuestión de qué le da autoridad a alguien o a un procedimiento para decidir de manera calculada y desapasionada imponerle un mal a alguien.

Si la deliberación le va a dar a la violencia la posibilidad de ser un castigo y la posibilidad de aspirar a su justificación como parte del derecho, entonces es crucial determinar quién va a tener a su cargo esta deliberación y cómo vamos a deliberar. Es por esto que la tesis del autor es tan importante, porque responde estas preguntas, y de ahí que una identificación más precisa del castigo habría fortalecido su argumento, transformándolo en un argumento más específico sobre el poder penal.

#### 4. ¿Democracia sin castigo? ¿Reproche sin encierro?

Finalmente, quisiera decir algo sobre una de las conclusiones del libro. Gargarella parece estar decidido a defender dos impactos de la democratización del derecho penal. Por una parte y fuera de toda duda, los estándares de la democracia deliberativa harán que nuestro derecho penal sea más legítimo. Por otra parte, es probable que la democratización del derecho penal lo vuelva más moderado. En el libro, sin embargo, se asoma un tercer impacto de la democratización del derecho penal que aunque no es definido ni defendido explícitamente, se sugiere en el título de la segunda parte del libro: “Democracia sin castigo, reproche sin encierro.” El título plantea que es posible que la democratización del derecho penal nos lleve a su abolición.

¿Por qué Gargarella decide sugerir esta posibilidad pero la deja sin explorar? La clave quizás se encuentra en un breve comentario que el autor hace a la película “El Chacal de Nahueltoro”.<sup>10</sup> La película narra la historia de Jorge el Carmen Valenzuela Torres, quien luego de haber sido condenado por cometer un crimen terrible, sufre una transformación que lo vuelve educado, arrepentido y piadoso. Esta transformación no es aceptada por su comunidad, la que termina forzándolo a morir como el monstruo que alguna vez fue. La lección aquí parece ser que las personas parecemos no estar demasiado disponibles a permitir la redención de aquellos que hemos definido como criminales. Pero esa forma de actuar parece ser una decisión que está en nuestras manos. Podemos, quizás ser más generosos con nosotros mismos y permitirnos un mayor espacio para la redención.

---

10 Gargarella, *supra* nota 1, pp. 241-243.

La pregunta que Gargarella nos permite formular aquí entonces es si acaso estaremos dispuestos a redimirnos como comunidad de aquellas prácticas monstruosas que no necesitamos perpetuar, como nuestro derecho penal. Al abogar por una redefinición de quiénes somos como comunidad política y cuál es el derecho penal que queremos tener, quizás podríamos permitirnos imaginar estructuras de responsabilidad individual y reproche, que no dependan de la imposición deliberada de sufrimiento sobre un individuo.

Frente a esto, la decisión de Gargarella de limitar sus esperanzas a la moderación en vez de explorar el espacio de la abolición, sugiere que la posibilidad de imaginar estructuras alternativas al derecho penal es muy difícil, pues incluso nuestros teóricos más críticos se resisten a abrir este espacio (nuevamente). Pero un proyecto por una refundación democrática del derecho penal no puede quedar completo si no reconoce desde un comienzo que la democratización del derecho penal podría exigimos acabar con él antes que renovarlo.

Como lo sugirió hace un tiempo Gary Watson, no podemos concebir la vida en común sin responsabilidad, la responsabilidad nos permite cooperar, reconocernos y relacionarnos, pero la única forma de responsabilizar no es la imposición de un mal, quizás podemos responsabilizar de otras maneras.<sup>11</sup> De la lectura del libro de Gargarella, me parece que hay un llamado a que nos pongamos a imaginar, y entonces la gran deuda que se ha autoimpuesto el autor es responder las preguntas formuladas por el título de la segunda parte del libro: ¿Puede haber una democracia sin castigo? ¿Un reproche sin encierro?

### III. Bibliografía

Christie, Nils, “Conflicts as property” en: *British Journal of Criminology*, Vol. 17, No. 1, 1977.

Gargarella, Roberto, “Democracia todo a lo largo. Democracia, derecho penal y protestas sociales”, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2016.

Ristroph, Alice, “Responsibility for the criminal law” en: Duff, Antony y Green Stuart (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2011.

---

<sup>11</sup> Aquí Gary Watson pone como ejemplo responsabilizar desde el amor, como lo representa la figura de Gandhi. Watson, Gary, “Responsibility and the limits of evil” en: Schoeman, Ferdinand (ed.), *Responsibility, character and the emotions: new essays in moral psychology*, Cambridge University Press, 1987, pp. 256-86.

Schoeman, Ferdinand (ed.), *Responsibility, character and the emotions: new essays in moral psychology*, Cambridge University Press, 1987.

Thucydides, *The Peloponnesian War*, David Grene (ed). y Thomas Hobbes (trad)., University of Chicago Press, 1989.

Watson, Gary, “Responsibility and the limits of evil” en: Schoeman, Ferdinand (ed.), *Responsibility, character and the emotions: new essays in moral psychology*, Cambridge University Press, 1987.

