

# RESEÑA CASTIGAR AL PRÓJIMO. POR UNA REFUNDACIÓN DEMOCRÁTICA DEL DERECHO PENAL ROBERTO GARGARELLA

**NATALIA MAYER**  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

**LUCÍA SBRILLER**  
UNIVERSIDAD DE BARCELONA



Gargarella, Roberto: *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016, 296 pp.

El libro es un compendio de ensayos (algunos ya publicados y re-trabajados en función de comentarios recibidos, y originales); en los que, a juicio del autor, se revisan los temas fundamentales de la teoría penal. A partir de descubrir y explicitar los supuestos sobre *democracia*, *derechos* y *castigo* presentes en distintas conceptualizaciones Roberto Gargarella sienta postura sobre la justificación del castigo, la autoridad del estado para castigar y valor social de la protesta. El autor parte de considerar al campo del derecho penal como “irreflexivo, inercial y contaminado” (10), y considera esto muy grave ya que se encuentra en juego una cuestión muy importante: los usos de la violencia legítima por parte del estado. Por tal motivo, encara la tarea de argumentar acerca de la necesidad de conectar de manera más significativa derecho penal y democracia.

En el marco de un derecho penal muy extendido, aun cuando este es presentado como una *última ratio*, Gargarella se hace preguntas retóricas respecto de su legitimidad: ¿Si las normas en general, y las penales de manera más urgente, deben resultar del acuerdo mutuo entre los grupos sociales, en qué medida los sectores populares participan de ese acuerdo? ¿Cómo se construyen las normas penales? ¿Cómo deberían ser construidas?, y organiza una serie de instancias de menor a mayor nivel democrático en función de los debates reales detrás de la norma. Plantea también, la necesidad de “salir de la violencia” y la necesidad de pasar a “reintegrar a las personas a la sociedad”.

*Castigar al prójimo* establece contrapuntos, de manera provocativa, con las/os autoras/es más reconocidas/os de las propuestas de derecho penal garantista, debate así con aspectos de las posturas de autoras/es como Ferrajoli o Zaffaroni, que resultan enfocados desde un lugar novedoso. En esta oportunidad, Gargarella en lugar de discutir una propuesta de reducción del derecho penal plantea su *refundación* en términos democráticos desde de la Democracia Deliberativa Habermasiana, partiendo de sus supuestos ontológicos y epistemológicos y también, incorporando otros elementos críticos del

campo de la filosofía política contemporánea. Lleva adelante esta empresa, atravesando temas tan complejos como los juicios o la impunidad de los crímenes cometidos en nuestra región durante las últimas dictaduras cívico-militares, en lo que entiende como continuidad de algunos desarrollos esbozados por Nino. A medida que avanza con su argumento Gargarella exige la complicidad del lector y su compromiso al imaginar junto a él, a modo de ejercicio mental prefigurativo, cómo sería el castigo en una sociedad de iguales.

El libro está dividido en tres partes. En la primera titulada "Contra el pensamiento penal antidemocrático" el autor elabora una discusión teórica académica compleja que avanza respecto de los límites del minimalismo penal, el rol de quienes juzgan y la desconfianza o esa asignación de irracionalidad a las mayorías que constituyen, a su entender, un actor central e ineludible en esta refundación democrática. Además de aspectos que han sido el origen históricamente de grandes debates como el rol de las víctimas al momento de los procesos penales. Por último, y tal vez a modo de avance de su propuesta de encuentro entre el derecho penal y la democracia, reflexiona respecto de aquellas cuestiones que pueden constituirse, o no, en una esfera de lo indecible, y en las gradaciones democráticas según los debates previos que respaldan distintos procesos legislativos. En la segunda parte titulada "Democracia sin castigo, reproche sin encierro", desarrolla su posición desde una concepción deliberativa de la democracia, discutiendo las formas de creación del derecho penal, de dónde proviene su validez, entendiendo que no puede estar justificado en la fuerza o capacidad coercitiva de quien lo dicta. Por el contrario, refuerza la necesidad de la participación popular. El autor hace una conexión aquí con sus investigaciones previas en lo que respecta a la importancia del derecho a la protesta para garantizar esa participación y diálogo. Por último, en la tercera parte titulada "la ley penal en el banquillo: discusiones y propuestas", recupera algunas publicaciones previas, retoma a Nils Christie cuando entiende que no son monstruos quienes están dentro de las cárceles, desde aquí las discusiones y las propuestas

El libro comienza con “La tarea del juez y los límites del minimalismo penal”, donde debate respecto de las posiciones de Zaffaroni sobre el castigo penal y el papel que le corresponde desempeñar a los/as jueces/zas. Para esto se ubica desde el republicanismo y parte de una preocupación inicial: el autogobierno colectivo, y la idea de una comunidad integrada en la que los derechos no funcionen como cartas de triunfo de unos/as ciudadanos/as por sobre otros/as. Además, defiende un derecho penal “menos coercitivo e intrusivo; más interesado en el reproche que en el castigo, y más preocupado finalmente, por la modificación de pautas de comportamiento y por la integración social” (35). El objetivo, al final, es devolverle a la comunidad parte del poder represivo hoy expropiado por el estado.

Desde este enfoque discute la teoría de Zaffaroni, y el rol que este asigna a los/as jueces/zas penales en democracia. Critica fuertemente la idea de castigo penal para favorecer al castigado, incluso lo compara con la posibilidad de aceptar “dosis moderadas de tortura” (43). Señala que no puede entenderse a los/as jueces/zas, en tanto “elite a favor de sí misma y de sus intereses” (49) como la salvaguarda del castigo, sino que es necesario involucrar en este debate a las mayorías populares.

En “Mayorías democráticas y derecho penal”, establece un contrapunto con Ferrajoli en cuatro puntos: su concepción de democracia y de derechos, la justificación del control judicial y el minimalismo penal. Contrapone a este autor, una concepción deliberativa de la democracia en la cual, no se presupone la irracionalidad de ninguna de las partes ni se establecen mecanismos de conducción paternalistas de las masas. En relación con los derechos, Ferrajoli aparece con una postura heredera del Iusnaturalismo de Locke, en la que los derechos fundamentales se consideran autoevidentes, frente a esta cuestión Gargarella remarca el carácter construido de los derechos en general—hasta de los fundamentales—obtenidos mediante la deliberación social. Visiones

como las de Locke y Ferrajoli, según el autor, serían contra mayoritarias ya que tienen el propósito de limitar los abusos de las mayorías. En ese marco, según Ferrajoli el objetivo del proceso judicial debe ser la búsqueda de la verdad y como tal acción se concibe como etérea, desconectada de las condiciones materiales de los/as involucrados/as, no produce ningún efecto nocivo que la búsqueda de esa verdad sea emprendida, en soledad, por una élite. Gargarella, en cambio advierte aquí un problema, caracteriza a esa élite como sesgada en términos de clase, raza y género y sostiene que esos sesgos son muy difíciles de erradicar. Su propuesta: establecer protocolos sobre modos de actuar y temas que serían compatibles con el minimalismo penal.

En "Jueces, mayoritarismo y castigo", el autor vuelve a trabajar los ejes críticos del capítulo anterior: función judicial, riesgos del mayoritarismo político y modos de pensar el castigo penal. Pero el énfasis está puesto en destacar que se deben protocolizar los aspectos institucionales involucrados y correr el eje de cuestiones subjetivas. Se sostiene que la neutralidad es una virtud institucional y depende del modo de organización y no de opiniones subjetivas. Se presenta la necesidad de buscar un sistema institucional para maximizar la imparcialidad, para lograrlo resulta necesario tirar abajo los mitos fundamentales por ejemplo el derecho neutral, mito por de más dañino para el pensamiento crítico. Luego se señala al mayoritarismo político como una posición conservadora que favorece las minorías ubicadas en lugares de poder. Gargarella reconoce que la realidad está plagada de decisiones desafortunadas desde la voluntad popular, pero también lo están los fallos. Se argumenta a favor de construir un proceso de toma de decisiones que minimice las chances de opresión. Una vez más, lo importante en la Democracia Delegativa es el *método* ya que los discursos que articulan diferentes intereses sociales no están ordenados jerárquicamente per se. Con respecto al castigo penal y el derecho de las víctimas, para Gargarella resulta perfectamente compatible respetar debidamente a las víctimas, pero esto no debe

significar que ella o sus allegados tengan voz dominante en el proceso. Esta posición aparece como compatible con el minimalismo penal.

En “Sin lugar para la soberanía popular”, el autor trabaja sobre el caso Gelman en Uruguay. Parte de la pregunta: ¿cómo pensar la relación democracia y derechos cuando involucra DDHH fundamentales y plebiscitos celebrados con libertad?, y se propone repensar los alcances y las limitaciones del reproche estatal respecto de las grandes violaciones de DDHH. Una vez más analiza tres tópicos centrales: democracia, derechos y castigo.

Primeramente, hace un recorrido histórico sobre diferentes procesos de amnistía: la de Bignone en Argentina en los años 80, la de Fujimori en Perú y las Leyes del perdón en Argentina en los años 90, y, por último, el plebiscito uruguayo celebrado en el año 2009. El autor, subraya la importancia de historizar y situar estos procesos como método para evitar la construcción de verdades absolutas y fetichizar conceptos, saliéndose del campo criminológica y ubicándose en el seno de importantes discusiones de la filosofía política contemporánea.

En consecuencia, propone una distinción de *gradación democrática*, ya que éstas amnistías fueron escalando cada vez más en legitimidad democrática desde Bignone hasta el plebiscito uruguayo siendo ésta última legitimada con el 48 % de los votos. En este marco, Gargarella dispone una crítica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos—CIDH—ya que, a su juicio, debió hacer esfuerzo argumentativo para distinguir entre amnistías. En cambio, el Frente Amplio, partido político entonces gobernante en Uruguay, tomó una postura diferente reconociendo la decisión de las mayorías.

En segundo lugar, para Gargarella si bien existe un acuerdo sobre derechos irrenunciables incondicionales e inalienables no existe un acuerdo social sobre el contenido de esos derechos. Para él, retomando implícitamente algunos aportes críticos de la democracia liberal de la filosofía política contemporánea, la vida en sociedad está marcada de manera decisiva por razonables y persistentes

desacuerdos en materia de justicia y derechos. De modo que, debemos prescindir tanto, de las divisiones entre decisiones y criterios racionales e irracionales, como, de poner al Poder Judicial del lado de la racionalidad.

Por último, Gargarella propone priorizar la jurisdicción nacional o local en relación con el problema de la diversidad del reproche estatal. Señala que la CIDH se encuentra comprometida con el castigo, pero cada país debe tener la posibilidad de elegir de qué manera quiere reprochar ciertas conductas y esa forma puede o no ser el castigo como lo conocemos. Sólo la peor versión es la privación de la libertad.

En este sentido, pone en cuestión la decisión tomada sobre el Caso Gelman por tres grandes y complejas cuestiones: 1) Por expresar una visión de la democracia no sólo basada en la desconfianza a la ciudadanía, sino además, “plana” e incapaz de reconocer matices relevantes, en cuanto a la robustez y la legitimidad de las decisiones políticas; 2) por asumir una idea de los derechos “rígida”, desacoplada de la discusión democrática (consistente con una defensa dogmática del control judicial y del consiguiente papel de los tribunales internacionales en la protección de los DDHH; y 3) por presentar, sin mayor respaldo, una visión estrecha de lo que es el castigo, blindada al debate colectivo (124).

En “Cómo tender puentes entre el derecho penal y la teoría democrática”, Gargarella señala cuatro continuaciones posibles para la teoría penal de Nino, que desde la concepción deliberativa de democracia tiende puentes entre derecho penal y democracia, respecto del origen, la autoridad, la pena y la protesta.

En la Democracia Deliberativa, concepción crítica de los sistemas de Democracia Liberal y Republicana creada por Habermas, se parte del siguiente supuesto: todos los asuntos públicos deben ser resueltos de modo que involucre a todos los potencialmente afectados por la decisión que va a tomarse en una discusión igualitaria. La discusión igualitaria, luego del sufragio universal, resulta el mejor

medio para el autogobierno ya que, se presupone un espacio donde todas las individualidades puedan expresarse libremente independientemente de sus posiciones de poder. Este método permitiría esquivar como sociedad, tanto las imposiciones esgrimidas desde el poder, como los arreglos entre estos grupos que se presentan como pretensión hegemónica.

En nuestro país, se supone que las decisiones penales son producidas por una élite jurídica en nombre del pueblo. Pero la idea de que estas decisiones producidas por una tecnocracia están asociadas con el progresismo resulta una operación del poder, como ya indicaron Garland y Sozzo. En este sentido, debe hacerse lo propuesto por Nino: crear las normas penales por medio de la discusión entre amplios sectores.

Una vez establecida esta cuestión, el autor se pregunta acerca de la autoridad del Estado para ejercer el reproche. Sobre esta cuestión Gargarella sigue a Nino—en lo que podríamos señalar como una concepción heredera de Durkheim—en donde la pena no sería castigo, sino que obedece a la pretensión de entablar un diálogo moral con el infractor para comunicarle el reproche de lo que hizo. Por último, se señala que la protesta social es un derecho muy importante en sociedades desiguales ya que es la oportunidad de contar la palabra de los sectores en desventaja. Por este motivo, en sociedades como la nuestra, la protesta debe estar incluida en la nómina de los derechos considerados fundamentales.

En “¿De qué depende la validez de las normas penales?”, se sostiene que, en Democracia, estas normas resultan de la discusión pública igualitaria y no del poder coercitivo del estado. Las normas deben ser clasificadas según presunciones de validez. Una vez más, se sostiene que los derechos no son autoevidentes como decía Locke, democracia y derechos deben y están vinculados entre sí, de modo que la discusión en torno al significado y alcance de los derechos es una práctica que todos los individuos en conjunto deben llevar adelante, no debiendo quedar atrapada en la discusión entre unos



pocos. En este marco, dentro de la generalidad de las normas, las penales necesitarían una ultra justificación, debido a lo que está en juego. La Democracia Deliberativa necesita el punto de vista de todos y en particular de los afectados.

En "El lugar del pueblo en el derecho penal" avanza en preguntarse precisamente respecto de la participación de las personas, tanto en la creación como en la aplicación del derecho penal (165). Retoma, nuevamente, la necesidad de una mayor participación por motivos "epistémicos" (167). Enfoca el carácter problemático del derecho penal desde una perspectiva moral, entendiendo que es el que las personas son menos respetadas como libres e iguales, es desde este punto de partida que resulta necesaria una mayor participación, decisiones más inclusivas que podrían favorecer decisiones más imparciales.

Retomando a Duff hace alusión a un derecho común, no impuesto desde afuera sino un derecho propio, que exprese los valores de una comunidad. Si hay grupos de una comunidad que resultan sistemáticamente excluidos de esta participación difícilmente podrá exigírseles luego que rindan cuenta en razón de un derecho que no es "suyo". Reitera la necesidad de oír la voz directa del pueblo para la extensión del espacio para la democracia en el derecho penal, para lo cual resulta necesario este aumento participativo.

Frente a la preocupación respecto del aplastamiento de las minorías por alguna mayoría entiende que, en primer lugar, en un sentido democrático la regla de la mayoría resulta una respuesta apropiada ya que fortalece la idea de la igualdad moral fundamental. Sin embargo, esto no implicaría un "rechazo de los controles o mecanismos para volver al proceso de toma de decisiones más imparcial y menos vulnerable a sesgos indebidos" (187), existen de hecho otros modos de limitar a las mayorías que no implique reemplazarlas por las decisiones de una elite. Retoma y discute además las críticas que indican que una mayor participación podría derivar en un populismo punitivo, las objeciones funcionales y de las de las

posibles inconsistencias en el derecho. En todo caso entiende el autor que, “hay demasiado por ganar” (195) al abrir el derecho penal a la democracia, particularmente en lo que respecta a la imparcialidad del proceso.

En “Democracia todo a lo largo. Democracia, derecho penal y protestas sociales”, retoma sus investigaciones sobre la centralidad del derecho a la protesta, en relación a dos decisiones judiciales, el caso “Schifrin” en Argentina y el caso “Austin y Saxby” de Inglaterra. A partir de estos casos plantea preguntas sobre la autoridad democrática y el uso de los poderes coercitivos del Estado, particularmente en relación con las decisiones judiciales que limitan o desalientan una participación activa ciudadana.

Desde un enfoque comunicativo de la democracia, se entiende el proceso penal como de dos vías, no simplemente hacía un sujeto pasivo de reproche público sino como el entablamiento de un “diálogo moral” (207) con quien resulta imputado/a. Entiende, al contrario de lo que muchos/as de los/as reconocidos/as autores/as con los que discute, el avance de la deliberación tiende a traducirse en políticas menos punitivas (226).

De este modo reafirma en su enfoque democrático “la defensa de las movilizaciones populares y de las voces disruptivas en contra de las críticas habituales” (230) que ocupan un lugar central en la consolidación democrática pero también respecto de los problemas de legitimación del derecho penal.

La tercera parte del libro, “La ley penal en el banquillo: discusiones y propuestas”, incluye “La construcción social del ‘monstruo’ y la teoría del castigo a partir de tres películas”. Aquí analiza *El Chacal de Nahueltoro*, de Miguel Littin (Chile, 1970), *Bus 174* de José Padilla (Brasil, 2002) e *Irreversible* de Gaspar Noé (Francia, 2002).

Retoma al reconocido criminólogo, Nils Christie para discutir la idea de monstruo que se construye alrededor de quienes resultan acusados/as como infractores/as del derecho penal. Christie dice que

en sus múltiples visitas a distintas cárceles nunca se encontró con el monstruo del que se habla, por el contrario “se encontró con personas muy similares a él, personas con problemas, con sufrimientos, con enojos, pero nunca con un monstruo, nunca con alguien con quien no compartiera los rasgos básicos de su propia humanidad, con quien no pudiera hablar, a quien no pudiera entender, que no mereciera ser escuchado” (247). Esta humanización de quienes son acusados/as penalmente va acompañada con el resaltado de las desigualdades vigentes en nuestra sociedad y la responsabilidad estatal.

Por último, en el libro se recuperan una serie de artículos breves del mismo autor, publicados entre febrero del 2014 y marzo de 2016 que funcionan como antecedentes de los argumentos que se desarrollan extensamente en el libro.

Para cerrar, el libro propone un análisis del derecho penal vigente y una propuesta de reformulación de este, a partir de la incorporación de elementos críticos de la teoría política contemporánea, y en particular de los principios de la Democracia Deliberativa. Esta operación le permite al autor plantear la necesidad de (re) fundar la legitimidad de las leyes penales en el involucramiento activo de los sectores populares—quienes componen principalmente la clientela del sistema penal—en su discusión.

En este sentido, resulta significativo que el planteo pareciera estar orientado al involucramiento individual en la discusión de las normas penales de los sectores más perjudicados por ellas en igualdad de condiciones, como si esta participación pudiera darse de manera desvinculada de las condiciones materiales y simbólicas desde las cuales los individuos podrían ejercer esa participación. Frente a esta situación, resulta imperativo subrayar la productividad de pensar a los individuos como situados socialmente, haciendo hincapié en los capitales que los diferencian y jerarquizan entre sí (en el sentido de Bourdieu), y las redes que los agrupan.