

EL DERECHO Y EL CASTIGO: DE LA INJUSTICIA PENAL A LA JUSTICIA SOCIAL

LAW AND PUNISHMENT: FROM CRIMINAL INJUSTICE
TO SOCIAL JUSTICE

ROBERTO GARGARELLA
CONICET/UTDT/CFI

Fecha de recepción: 21-9-2010
Fecha de aceptación: 12-2-2020

Resumen: *En el trabajo se argumenta que en situaciones de profunda desigualdad e injusticia social, el Estado pierde autoridad para seguir ejerciendo su poder coercitivo en materia penal. Se argumenta a favor de que en situaciones tales se examine el poder coercitivo del Estado con una presunción negativa en cuanto a la validez del uso del mismo, y en la medida en que las injusticias señaladas se prolonguen en el tiempo.*

Abstract: *The main idea of the article is that in situations of profound inequality and social injustice, the State's authority to exercise its coercive powers in the area of Criminal Law is undermined. The author suggests examining the State's coercive capacities with a negative presumption, assuming that the State in principle lacks those powers, as far as the situations of deep social injustice remained basically unmodified.*

Palabras clave: justicia social, coerción penal, alienación legal, republicanism, deliberación

Keywords: social justice, penal coercion, legal alienation, republicanism, deliberation

1. INTRODUCCIÓN

Quisiera comenzar este texto haciendo referencia a la palabra, y más precisamente a las palabras que pronuncia el derecho, con pretensión de autoridad, sobre todos nosotros, los miembros de una cierta comunidad. El derecho



habla y cuando habla, no lo hace como todos nosotros –no es nuestro par, no es un igual– sino que, reclamando nuestra representación, se auto-asigna el poder de poner en marcha el aparato de la coerción estatal. Y no se trata sólo de que el derecho se encuentra investido de dicho poder excepcional. Ocurre, además, que tal ejercicio de la coerción es el único que, en principio, y salvo contadas excepciones, consideramos ejercicio legítimo de la fuerza.

Es, entre otras razones, por tal circunstancia –por esa capacidad que tiene para hacer uso legítimo de la coerción– que debemos exigirle al derecho que piense y justifique bien cada uno de sus movimientos. Es por ello, además, que las acciones que emprende o deja de lado merecen el máximo escrutinio de nuestra parte. Y es este hecho, entre otros, el que justifica depositar en los ciudadanos los más amplios poderes de control y reclamo: aquí reside, sin dudas, la defensa más importante de los derechos cívicos a la expresión crítica y la protesta.

La discusión anterior, referida al ejercicio legítimo de la coerción, resulta fascinante, en sus diversas facetas, y constituye sin dudas una de las más importantes (la más importante, según John Rawls) de las que ha abordado la filosofía política contemporánea¹. Sin embargo, en este escrito quiero concentrar mi atención sobre situaciones mucho más específicas, pero no por ello menos habituales. Me refiero, en primer lugar, a un uso particular de la coerción, que es el que aparece cuando el derecho causa daño (en un sentido no trivial del término) o inflige dolor sobre particulares individuos y grupos, es decir, cuando el derecho (penal) habla para disponer un castigo, contra quien(es) ha(n) cometido una cierta falta, y merecen ser reprochados por su omisión o conducta. Este tema nos refiere a una complejísima cuestión, como lo es la que se relaciona con la justificación del castigo². Es la cuestión que H.

¹ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

² Si definimos el castigo como la intención de causar sufrimiento como una consecuencia de algo que estuvo mal hecho, o si al menos aceptamos que el daño es un elemento esencial del castigo, entonces podremos comprender por qué es tan difícil justificar esta extendida práctica. H. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 1968; H. BEDAU, “Punitive Violence and Its Alternatives”, en J. BRADY and N. GARVER (eds.), *Justice, Law, and Violence*, Philadelphia, Temple University Press, 1991, pp. 193-209. Tal y como lo ha manifestado Nicola Lacey, el castigo “coloca la carga de la justificación sobre el Estado” porque es una práctica que es “costosa tanto en términos humanos como financieros, además de una práctica cuyas ventajas prácticas y morales son usualmente inciertas”. N. LACEY, “Social Policy, Civil Society and the Institutions of Criminal Justice”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, núm. 26, 2001, p. 12.



Hart resumió canónicamente al señalar que era “el rasgo (de la justicia criminal) que requiere justificación es la imposición deliberada de sufrimiento”³.

La situación sobre la que me interesa concentrarme, sin embargo, es aún más específica. No pretendo pensar sobre el uso de la coerción en general, o el castigo en particular. Me interesa reflexionar sobre aquellos casos en los que el derecho habla, imponiendo su fuerza, en el marco de un contexto definido por la pobreza y desigualdad –un contexto que, llamaré aquí, de injusticia social extrema. En estas situaciones tan comunes, de profunda injusticia social, los problemas generales que encontramos para justificar el castigo se tornan mucho más serios, y nos obligan a preguntarnos sobre la validez misma de las normas –o la estructura de normas– vigentes, que se nos presentan como legítimas⁴.

En casos de fuerte injusticia social, corremos el serio riesgo de que el Estado comience a mimetizarse con –o a representar exclusivamente– a los sectores más favorecidos por la desigualdad, a asumir su voz y a hablar como ellos. Esta era la posibilidad que anticipaba y rechazaba Rousseau, quien imaginaba y deseaba un derecho que la comunidad pudiera reconocer como propio, y en el que pudiera sentirse reflejada. Para él, en situaciones de fuerte desigualdad, las personas iban a dejar de compartir visiones, necesidades e intereses comunes. En tal situación, por tanto, iba a ser imposible alcanzar algo así como la “voluntad general,” y el derecho ya no iba a poder constituirse en reflejo de las aspiraciones de todos. En dicho contexto, podríamos concluir, la ciudadanía comienza a perder identificación con la ley, al tiempo que se diluyen sus razones para sentirse obligado por ella.

Me concentro entonces, a continuación, en esta reflexión sobre la validez del derecho en situaciones de profunda injusticia social.

2. REPUBLICANISMO, DELIBERACIÓN Y ALIENACIÓN LEGAL

Pocos autores como Antony Duff han abrazado tan claramente una preocupación de naturaleza republicana como la manifestada originariamente por Rousseau, y expuesta de modo breve en la introducción de este trabajo.

³ H. HART, *Punishment, cit.*, p. 2.

⁴ Para un análisis contemporáneo, interesante e informado, sobre las dificultades propias de la justificación del castigo, ver M. BERMAN, “Punishment and Justification”, *Ethics*, vol. 118, núm. 2, 2008, pp. 258-290.



La recuperación que Duff hace de dicha tradición, conscientemente o no, resulta todavía más excepcional dentro del mundo de la teoría penal, y como reflexión sobre los modos en que el derecho moderno habla y castiga. Ha escrito Duff:

“Si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aún si de un modo no buscado) se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales, normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no reflejase un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se encuentran atados por el derecho. Ellos sólo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respeto y consideración que se les debe como ciudadanos”⁵.

En lo que sigue, voy a tomar el citado párrafo de Duff como resumen y punto principal de referencia para mi escrito. Quiero partir, como él y la tradición republicana en la que él se apoya, de la idea que el derecho es “la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos,” y de la preocupación por aquellos habituales casos en donde encontramos “fallas persistentes y sistemáticas” en lo que hace al trato de individuos o grupos particulares. Al respecto y por el momento, me interesa hacer sólo dos breves observaciones sobre lo dicho por Duff, una de carácter más general y formal, la otra más sustantiva.

En primer lugar, me interesa señalar que el de Duff es reflejo de una serie de trabajos que, de distinta manera, y desde hace un tiempo, vienen haciendo confluír de modo muy interesante corrientes de pensamiento dife-

⁵ A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 195-6. Para él, “[n]o podemos decir, al menos sobre muchos criminales, que ellos se han apropiado de modo indebido de ciertas ventajas, por medio de sus crímenes”. En muchos casos, los castigos no pueden ser vistos como un modo de “restablecer un balance equitativo de cargas y beneficios, pero ese balance no existía de antemano”. Ver A. DUFF, *Trials and Punishments*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986.

rentes, que no solían encontrarse, y que hasta hace pocos años resultaba inimaginable hallar en el ámbito de la reflexión penal –un ámbito que, según entiendo, no se ha mostrado especialmente abierto y sensible frente a las teorías provenientes de la filosofía política y la teoría sobre la democracia. La confluencia teórica a la que me refiero incluye, de modo muy particular, a la filosofía política de tipo republicana, y a teorías de la democracia como las vinculadas con la democracia deliberativa.

Del pensamiento republicano, sus fundamentos, principios y posibles implicaciones institucionales me he ocupado en otros trabajos⁶. De dicha tradición rescato, por el momento, la tríada básica de valores normalmente asociados con dicha filosofía libertad, igualdad, fraternidad, expresados en el compromiso con los ideales del autogobierno colectivo, las políticas igualitaristas, y la vida en comunidad. De la teoría de la democracia deliberativa, por el momento, recojo la idea según la cual la justificación de las normas públicas se fortalece en la medida en que las mismas resulten de un proceso de toma de decisiones i) *inclusivo*, del que toman parte todos los potencialmente afectados por las normas del caso; y ii) *dialógico*, en tanto aquellos participantes discuten entre sí el mejor modo de dar forma a dichas normas; y iii) lo hacen en condiciones de relativa *igualdad*.

A esta altura de mi escrito sólo me interesa decir que estas dos tradiciones de pensamiento se han acercado en los últimos años, y expresado, por caso (y en lo que nos interesa en este punto), en reflexiones relacionadas con el derecho penal. El trabajo de Carlos Nino, según entiendo, representa un buen y reciente antecedente en este intento por conectar a la reflexión penal con la filosofía política y la teoría de la democracia⁷. Nino suscribía explícitamente una teoría de la democracia asociada con la democracia deliberativa, y una filosofía política vinculada con el liberalismo igualitario. Más recientemente, autores como Pablo De Greiff han desarrollado abierta y productivamente aquellos vínculos teóricos que Nino había dejado apenas sugeridos antes de su temprano fallecimiento⁸. A la vez, otros autores, han venido a anudar, de modo muy firme y explícito, los lazos que vinculan a la

⁶ R. GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999.

⁷ C. NINO, "A Consensual Theory of Punishment", *Philosophy and Public Affairs*, núm. 12, 1983, pp. 289-306; "Does Consent Override Proportionality". *Philosophy and Public Affairs*, núm. 15 vol.2, 1986, pp. 183-187 y *Fundamentos de derecho penal*, Gedisa, Buenos Aires, 2008.

⁸ P. DE GREIFF, "Deliberative Democracy and Punishment", *Buffalo Criminal Law Review*, núm. 5 vol. 2, 2002, pp. 373-403.

democracia deliberativa y el republicanismo político⁹. El trabajo de Antony Duff, en tal sentido, representa cada vez más claramente una nueva y singularmente importante muestra de aquella saludable confluencia teórica¹⁰.

La segunda cuestión que quería resaltar en torno a aquella temprana cita del trabajo de Duff, es el modo en que la misma se asocia con una línea de reflexión que me ha interesado perseguir en el último tiempo, y que gira en torno a (lo que aquí he definido como) el concepto de alienación legal. Con dicho concepto me refiero a situaciones de sistemática violación de derechos básicos, que inevitablemente comprometen (por el ese carácter permanente en el tiempo de aquellos agravios) al sistema legal. Una forma de visualizar a qué me refiero cuando hablo de alienación legal, consiste en tomar a dicha situación como una directamente opuesta a la que Rousseau presentaba bajo la idea de “voluntad general.” Si en este último estadio nos encontramos con una comunidad que se autogobierna y se ve reflejada –como en un espejo– en las normas que dicta (de modo tal que cuando obedece a aquellas se obedece a sí misma), en las situaciones de alienación legal (como las que describo o las que, a su modo, describe Duff), toda o parte de la comunidad tiene razones para ver al derecho como algo ajeno, como una creación extraña que no viene a servir sino que amenaza o ignora los propios intereses, en sus aspectos más fundamentales.

Un ejemplo relativamente indiscutible de una situación de alienación legal sería el de una dictadura opresiva, donde grandes grupos de personas son víctimas de graves violaciones de derechos fundamentales, y no participan de ningún modo razonable en la creación de la ley. Es decir, en dichos casos, ellos sufren graves ofensas sustanciales (la violación de derechos fundamentales) y a la vez, graves exclusiones procedimentales (no participan en el proceso de construcción de la decisión). Reconocido esto, sin embargo, no creo que haya motivos significativos para pensar que tales situaciones de alienación no puedan aparecer dentro de regímenes que son, en un modesto aunque todavía importante sentido del término, democráticos. Mi propuesta al respecto –que procuraré fundar más adelante– es la siguiente: siempre

⁹ Véase, por caso, P. PETTIT, “Republican Theory and Criminal Punishment”, *Utilitas*, núm. 9 vol. 1, 1997; J. BRAITHWAITE y P. PETTIT, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

¹⁰ A. DUFF, “Authority and Responsibility en International Criminal Law”, en S. BESSON y J. TASSIOULAS (eds.), *Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

deberíamos suponer que un grupo enfrenta una situación de alienación legal cuando ha sido privado de ciertos derechos humanos básicos de modo sistemático, a lo largo del tiempo. En este sentido, podríamos sostener que, del mismo modo que tenemos razones morales y democráticas para no obedecer, resistir y confrontar la legislación proveniente de una dictadura –legislación vigente por la fuerza, pero esencialmente inválida– tenemos razones para desafiar una normativa comprometida con la violación sistemática de los derechos fundamentales de toda o parte de la población.

3. LA JUSTICIA PENAL EN CONTEXTOS DE INJUSTICIA SOCIAL

Detengámonos a reflexionar, a continuación, sobre el caso de las normas penales originadas en sociedades marcadas por la pobreza y la desigualdad, es decir, comunidades socialmente injustas. En estos casos, –podemos asumir y anticipar, razonablemente– existe un riesgo muy alto de que los medios coercitivos del Estado sean manipulados para proteger un orden social injusto. Es decir, en estas situaciones existen fuertes chances de que un pequeño grupo –el más beneficiado dentro de ese contexto de desigualdad y pobreza– utilice su poder de influencia para apropiarse del proceso de creación normativa (o presionar indebidamente sobre el mismo) de modo tal de orientar el uso de la coerción estatal a su favor. En el peor de los casos, dicho orden represivo puede utilizarse para custodiar la propia situación aventajada, persiguiendo y sancionando penalmente a aquellos que, de algún modo, osan ponerla en cuestión. Adviértase que, si tal fuera el caso, nos encontraríamos con normas vinculadas con el derecho penal, absolutamente ajenas (por los modos de su creación) a toda o parte de la sociedad, y que son diseñadas por un grupo pequeño, a su servicio, para su propio beneficio.

Este escenario parece escalofriante, pero al mismo tiempo demasiado cercano a nuestras vidas. Para mencionar sólo un ejemplo relevante, la deplorable realidad que caracteriza a las prisiones en la mayoría de nuestros países nos obliga a pensar en la forma extremadamente cruel y discriminatoria con que estamos utilizando el aparato punitivo estatal. El hecho de que la composición de las prisiones tienda a ser relativamente homogénea, para incluir entre sus habitantes a los sectores sociales más desaventajados, en términos de clase, raza y/o etnia, viene a ratificar nuestras peores pesadillas. Pareciera que, o bien estamos eligiendo castigar crímenes que son ante



todo cometidos por personas desfavorecidas, o bien, dentro de los crímenes que por alguna razón escogemos penar, el sistema penal se encuentra sistemáticamente sesgado contra los derechos e intereses de los sectores sociales más desfavorecidos¹¹.

Dentro de la academia penal, la reacción frente a este problema –que podemos denominar el problema de “hacer justicia (penal) en un mundo injusto”– varía, obviamente, con autores y doctrinas. Sin embargo, al mismo tiempo, me animaría a decir que, en sus corrientes principales (y aún en muchas de las principales corrientes teóricas alternativas) se advierte en ellos una actitud abiertamente ambigua frente a la situación de injusticia que identifican. Por un lado, muchos autores reconocen explícitamente la importancia de explorar este tipo de conexiones entre la justicia penal y la justicia social, y explicitan una clara preocupación sobre las serias implicaciones que pueden derivarse de dicho análisis. Para citar un caso importante, podemos referirnos a una obra clave dentro de la reflexión penal de las últimas décadas, como lo es el influyente libro *Doing Justice*, de Andrew von Hirsch¹². El último y breve capítulo de este trabajo se encuentra enteramente dedicado al tema de los “justos merecimientos en un mundo injusto”. Más aún, y notablemente, en la última oración del libro, Von Hirsch sostiene que “mientras que a un segmento sustancial de la población se le nieguen oportunidades adecuadas para su sustento, cualquier esquema para castigar debe ser (considerado) moralmente defectuoso”. Hechos como éste resultan sorprendentes al menos por dos razones. En primer lugar, asombra –positivamente– la contundencia y radicalidad de esta afirmación final. En segun-

¹¹ Por supuesto, una buena manera de rechazar la plausibilidad de este análisis comienza con la afirmación según la cual en muchas sociedades marcadas por la pobreza y la desigualdad, los pobres no se encuentran privados del derecho al voto –y, lo que es todavía peor, en muchos casos votan mayoritariamente por partidos que luego terminan trabajando contra sus intereses. Esta idea, muy repetida en círculos académicos y políticos, encierra una noción muy degradada de obligación política, que parece legitimar medidas violatorias de derechos fundamentales por la sola existencia del voto periódico. Dicha noción se desentiende de los obvios problemas que marcan a los sistemas representativos modernos, vinculados con la influencia del dinero en política; la carencia de instrumentos institucionales suficientes para controlar a los representantes; la carencia de voz pública que suele afectar a sectores amplios de la población; la sistemática represión de la protesta política; etc. La consciencia de estos problemas nos permite mantener intacta esta preocupación muy especial acerca de los modos en que el Estado ejerce sus poderes de coerción.

¹² A. VON HIRSCH, *Doing Justice*, Hill and Wang, New York, 1976.



do lugar, también llama la atención que dicho demoledor reclamo aparezca exactamente como cierre del libro, y que el libro pretenda sostenerse por sí sólo, y con independencia de dicho criterio, hasta –justamente– su última frase. El ejemplo, me animaría a sugerir, actúa como una metáfora ilustrativa acerca de cuál es la situación predominante dentro de la reflexión penal contemporánea: una clara consciencia de que se está “jugando con fuego” –consciencia de que en el área se tratan problemas tremendamente delicados, con las herramientas más gruesas y peligrosas que tiene bajo su custodia el Estado–; un reconocimiento abierto de los modos en que la injusticia social socava la justicia penal; pero al mismo tiempo una convivencia cotidiana con (y que implica habitualmente la administración de) un derecho penal que, en última instancia, se reconoce como profunda y tal vez irremediablemente viciado.

Excepcionalmente, y por fortuna, algunos autores influyentes dentro del área de la reflexión penal, han puesto en primer plano las dificultades existentes (en situaciones como las dominantes en muchas sociedades contemporáneas) para seguir justificando el castigo en tales condiciones de extrema injusticia social. En su ensayo más significativo sobre el castigo, Jeffrey Murphy escribió que en las sociedades contemporáneas el castigo carece de legitimidad moral. Para él, “en buena medida, las sociedades modernas carecen del derecho moral de castigar” por lo cual “en ausencia de un cambio social significativo” las instituciones del castigo deben “ser resistidas por todos quienes toman los derechos humanos como moralmente serios”¹³. Otros académicos destacados en la materia, parecen persuadidos también por esta clase de afirmaciones¹⁴. Más recientemente, Antony Duff ha sostenido una conclusión igualmente radical reconociendo, a partir de razones como las citadas, que las dificultades para justificar el castigo en sociedades tan fuertemente marcadas por la injusticia social pueden ser impo-

¹³ J. MURPHY, “Marxism and Retribution”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 2, 1973, p. 222.

¹⁴ Por ejemplo, de acuerdo con el citado Von Hirsch, “en la medida en que un sector importante de la población ve negadas las oportunidades para asegurarse su subsistencia, luego, cualquier plan o esquema de castigo resulta moralmente imperfecto”. Para Ted Honderich, mientras tanto, “No hay nada que pueda denominarse la justificación moral del castigo si se deja de lado la pregunta sobre la distribución de bienes en la sociedad. Ver M. TONRY, “Proportionality, Parsimony and Interchangeability of Punishments,” en A. DUFF y D. GARLAND (eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, Oxford, p. 153.



sibles de superar¹⁵. Todos estos autores, creo, parecen estar preocupados por lo que Duff ha llamado las *precondiciones de la responsabilidad criminal*. En palabras de este autor, “[...] cualquier explicación del castigo que pretenda darle un lugar central a la reflexión sobre la justicia de la pena que se le impone al ofensor debe enfrentar el problema de si podemos castigar de modo justo a sujetos cuyas ofensas se encuentran íntimamente asociadas con injusticias sociales serias que ellos han sufrido¹⁶.”

Teniendo en cuenta lo dicho hasta aquí, acerca de las dificultades de justificar el castigo en situaciones de grave injusticia social, quisiera proponer a continuación algunos criterios sobre cómo operar jurídicamente en dicho contexto.

En primer lugar, y como regla general de actuación, sugeriría para estos casos adoptar un principio de presunción inverso al que hoy parece prevalente. Diría entonces que en situaciones de sistemática violación de derechos fundamentales debe presuponerse la existencia de condiciones de alienación legal, que socavan la autoridad de todo o parte del derecho vigente. Esta presuposición nos insiste en que pongamos bajo sospecha la validez de las normas penales vigentes en sociedades socialmente injustas.

Los motivos de tal presunción son los siguientes: como (el solo reconocimiento del derecho al voto muestra que) asumimos que la gente no es irracional lo que es decir, en este caso, que asumimos que las personas no consienten situaciones en donde son privadas de sus derechos más básicos (alimentación, vivienda, salud y educación básicas) entonces, si la ciudadanía es sistemáticamente privada de aquellos derechos, debemos suponer que ella está siendo excluida de la creación de la ley. El carácter sistemático de las ofensas sustanciales que ciertas personas o grupos afrontan refiere a la existencia de falencias procedimentales graves, propias de un sistema institucional incapaz de reparar los males existentes. De hecho, estas ofensas sistemáticas sugieren que los sectores afectados experimentan problemas

¹⁵ Duff ha asumido esta visión en los últimos años, después de un largo período en donde según su testimonio no se animaba a dar semejante paso. Esto sería así porque la mayoría de los individuos y grupos que comparecen ante la justicia criminal “han sufrido formas de exclusión tan severas que las precondiciones esenciales de la responsabilidad criminal no resultan suficientemente satisfechas” (A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community, cit.*, Cap. 5.3 y nota 5, p. 196). Entonces, y en la medida en que esas condiciones injustas sigan intocadas concluye Duff, los que cometen ofensas no podrían ser juzgados justamente, condenados o castigados.

¹⁶ A. DUFF, “Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 18, 1998, p. 197.

políticos serios en la transmisión de sus más urgentes demandas a sus representantes (políticos), o problemas para hacerlos responsables de las faltas que cometen. Más todavía, las persistentes dificultades que experimentan nos advierten, también, acerca de los graves problemas judiciales que confrontan, ya sea para acceder al sistema judicial, ya sea para inducir a los jueces a garantizar sus derechos básicos violados. Cuando se dan este tipo de situaciones, la ley aparece como ciega a las privaciones de la población, sorda a sus principales reclamos, o decidida a no remediar las afectaciones jurídicas existentes¹⁷. Por ello es que, en estos casos, corresponde hacerla directamente responsable de las privaciones que padecen tales grupos responsable, a consecuencia de sus acciones y/o sus omisiones¹⁸.

¹⁷ La presunción general que propongo presunción según la cual esta privación es provocada por el orden legal predominante debe encontrarse obviamente abierta a revisión. En muchas ocasiones, en efecto, no sería razonable culpar al Estado por la miseria de los más desfavorecidos. Sobre todo, puede suceder que el Estado no encuentre ninguna alternativa mejor a su disposición para asegurar que ningún grupo sea sistemáticamente privado de ciertos bienes básicos, incluso a pesar de hacer sus mejores esfuerzos por remediar tales situaciones desesperantes. Si éste fuera el caso, el Estado no debería ser considerado injusto, y sus órdenes no deberían ser resistidas. Además, puede resultar que ciertos grupos caigan debajo de la línea mínima de bienestar exclusivamente a consecuencia de sus errores (por ejemplo, a consecuencia de su obsesión con las apuestas y los juegos de azar), teniendo buenas opciones alternativas a su disposición. Una pregunta diferente es cómo deberíamos actuar en todos estos casos (es decir, si deberíamos hacer aún todo lo que es posible para asegurar la satisfacción de las necesidades elementales de estos individuos). Teniendo estas consideraciones en cuenta, puede ser razonable calificar la presunción arriba mencionada, considerándola una *presunción general pero refutable*. En la idea de delitos como “actos de resistencia o autodefensa contra un sistema injusto y opresivo”. Véase A. DUFF, *Trials and Punishments*, cit., p. 229.

¹⁸ Tratando de encontrar algún estándar más objetivo para describir una situación como de “alienación legal”, podemos pensar en la adopción de algunos que se han utilizado internacionalmente para definir situaciones de exclusión social extrema, como la línea de pobreza internacional. El índice de pobreza utilizado internacionalmente resulta relevante, en todo caso, porque nos ayuda a señalar la existencia tanto de “una masiva insatisfacción de derechos humanos sociales y económicos” como de “insatisfacción de derechos humanos, civiles y políticos asociados al gobierno democrático y el Estado de derecho.” Ver T. POGGE, “Priorities of Global Justice”, en T. POGGE (ed.), *Global Injustice*, Blackwell, Oxford, 2001, p. 8 y también T. POGGE, *World Poverty and Human Rights*, Polity Press, Cambridge, 2003. O bien, alternativamente, podríamos pensar en el foque defendido por Martha Nussbaum y Amartya Sen sobre las capacidades humanas, y examinar la situación de aquellos grupos que caen por debajo de la línea de lo que ellos llaman capacidades humanas básicas. M. NUSSBAUM, *Women and Human Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

Esta presunción, basada en la idea de alienación legal, se encuentra directamente emparentada con los juicios de Antony Duff que inauguraban este artículo, tanto con visiones como las desarrolladas tempranamente por Jeffrey Murphy (quien también partía de un análisis tributario de la noción marxista de alienación, para reflexionar críticamente sobre los modelos penales vigentes y las dificultades de justificar el uso de la coerción en tales contextos)¹⁹.

4. EXCUSAS, JUSTIFICACIONES E INCONSTITUCIONALIDADES

El presupuesto general de sospecha que debiera dominar nuestras aproximaciones al sistema penal tiene obvios implicaciones prácticas, y aquí me interesaría explorar sólo a algunas de entre esas posibles consecuencias. Fundamentalmente, dicha actitud general de desconfianza debiera mover a nuestros operadores penales a desarrollar una sensibilidad y apertura especiales frente a argumentos capaces de respaldar la justificación y excusa de ciertos comportamientos de desafío a las normas penales vigentes. Ello es así, como dijéramos, porque nos enfrentamos a un sistema jurídico que –prima facie– no asegura, y torna difícil que uno se asegure por sí mismo, ciertos derechos elementales, constitucionalmente respaldados, contribuyendo de ese modo a la reproducción de un orden social injusto en todos los sentidos (político, económico, jurídico).

De modo más radical, y por razones idénticas a las alegadas, en ciertos casos debiéramos estar preparados para desafiar la propia autoridad de la ley o normativa política en cuestión. Esto es decir, en ocasiones, debiéramos reconocer que, por su contenido, modo de aplicación o interpretación habituales, normas vigentes que reclaman validez amparadas en una pretensión

¹⁹ Para Murphy “los criminales, típicamente, no son miembros ni comparten la misma comunidad de valores con sus carceleros; ellos sufren de lo que Marx llama alienación. [...] Si la justicia, tanto como Kant y Rawls sugieren, está basada en la reciprocidad, es difícil ver lo que se supone que estas personas reciben recíprocamente. J. MURPHY, “Marxism and Retribution”, *cit.*, p. 240. Murphy apoya, en principio, una visión retributiva del castigo, pero finalmente concluye que en las sociedades contemporáneas el castigo carece de legitimidad moral, en razón de la ausencia de las precondiciones necesarias para la justificación de la justicia penal. Esto es así porque en aquellas sociedades uno no halla lo que la retribución necesita encontrar a fin de justificar el castigo. Para él, en contextos como el actual, uno no puede decir “que todos los hombres, incluso los criminales, son participantes voluntarios en un sistema de intercambio recíproco de beneficios” (Ídem, p. 241).



de universalidad e imparcialidad, deben ser consideradas, en los hechos, simple o fundamentalmente como medios a través de los cuales algunos de los sectores más aventajados de la sociedad pretenden preservar sus privilegios, injustificadamente, frente a las razonables demandas de los demás. En ocasiones, esta sospecha merecerá recaer sobre una parte específica del derecho, que detectamos esencialmente corrompida, y en otras (las situaciones de dictadura antes citadas, para tomar un caso claro) tal tipo de sospechas deberá arrastrar consigo a todo el derecho, que entonces quedará marcado por una presunción *iuris tantum* de invalidez. En todo caso, queda a la razón colectiva la tarea de distinguir cuál es la situación frente a la que nos vemos enfrentados en un determinado momento histórico, y cuáles los matices con los que evaluar al derecho vigente.

El tipo de actitudes jurídicas que aquí se aconsejan implican dejar de lado otras contrarias, hoy dominantes, que proponen que los jueces se conviertan en “simples aplicadores” (*strict enforcers*) de la ley, bajo el dogmático, no fundado pero repetido lema según el cual “la ley es la ley.” Contra este tipo de criterios afirmaría, junto con Ronald Dworkin, mi escepticismo frente a la idea de “la ley es la ley.” Según Dworkin, “la opinión popular de que ‘la ley es la ley’ y siempre se ha de imponer su obediencia, se niega a distinguir entre el hombre que actúa según su propio juicio [ante] una ley dudosa –y el delincuente común. A no ser por causa de ceguera moral, no sé de otras razones para no establecer entre los dos casos una distinción de principio –[por ello] me interesa señalar que un tribunal no debe condenar, por lo menos en algunas circunstancias, aun cuando lo respalden las leyes [existentes] y encuentre que los hechos son los que se denuncian”²⁰.

La idea, en todo caso, es resaltar que no podemos seguir haciendo lo que las visiones dominantes tienden a hacer en estos casos, es decir, descuidar el hecho de que la ley tiene una responsabilidad directa en la creación y la preservación de esas injusticias. En otros términos, no podemos seguir actuando como muchos de los mejores teóricos y practicantes del derecho penal moderno, que son conscientes del carácter viciado y difícilmente justificable de las normas penales dominantes, pero siguen operando con ellas, y actuando como si su única respuesta posible, frente al escándalo que protagonizan, fuera el de minimizar los aspectos más terroríficos resultantes de las normas que avalan con su tarea diaria.

²⁰ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1977, pp. 317-324.

En mi aproximación al tema, nuevamente, recupero algunos de los criterios propuestos por Antony Duff frente a circunstancias trágicas como las descriptas. De acuerdo con Duff, el hecho de que ciertos ofensores sean víctimas de una situación de sistemática injusticia estructural los provee de una defensa parcial o completa para sus acciones de desafío al derecho. Estas acciones, en efecto, pueden ser *excusadas* como consecuencia de la “coacción propia de las circunstancias, por ejemplo, o la falta de oportunidades para acceder a bienes normalmente disponibles por medios no criminales”²¹ o (*parcialmente*) *justificadas*, “si el crimen puede ser visto como una respuesta a, o como un intento para, remediar la injusticia”²².

5. ALGUNOS EJEMPLOS

Como modo de tornar visibles algunas de las posibles implicaciones de la visión expuesta en la sección anterior, quisiera dar algunos ejemplos en los que estoy pensando. Las ilustraciones que presentaré se refieren a casos judiciales, por dos razones. Por un lado, tomo estos casos porque ellos nos dejan advertir claramente algunas responsabilidades y posibilidades de acción por parte del Estado, frente a situaciones de grave injusticia social. Por otro lado, tales casos nos hablan de decisiones –que aquí evaluaría como–

²¹ Distinguidos filósofos del derecho como H. L. Hart parecen compartir tal visión. En opinión de este autor, “debemos incorporar como condición de excusa la presión ejercida por las formas más groseras de la necesidad económica”. H. HART, *Punishment, cit.*, p. 51.

²² Ver A. DUFF, “I Might me Guilty, But You Can’t Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial”, *Ohio St. J. Crim. L.*, núm. 1, 2004, p. 258 y G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little, Brown, 1978. De modo más fuerte Duff sostiene que, a la hora de pronunciarse en un caso, los jurados o jueces deben no sólo determinar si hay pruebas suficientes para definir si alguien es culpable o inocente, sino también pensar si tienen o carecen de el “*standing legal o moral*” para juzgar al que ha cometido una ofensa. La pregunta debe ser si nosotros, como miembros del sistema de gobierno que hoy debe decidir en este caso, “no hemos tratado al ofensor como a un ciudadano. Las dramáticas condiciones sociales que afectaron el derecho de alguien de vivir una vida decente, no necesariamente exculpan al ofensor, pero pueden condicionar la posición del Estado para condenarlo”. Para Duff, “nosotros mismos, que mantenemos o toleramos un sistema social y legal que perpetra groseras injusticias, difícilmente podemos alegar el derecho de castigar a aquellos que actúan injustamente”. Aquí hay una discusión importante por desarrollar, respecto a si estas justificaciones o excusas cubren solamente a aquéllos más directamente ofendidos por el Estado, o también a aquellos que actúan en nombre de los primeros, afirmando (razonablemente) que también se consideran ofendidos por la actitud irrespetuosa del Estado. A. DUFF, *Trials and Punishments*, p. 229.



cuestionables por parte de los funcionarios públicos actuantes –es decir, decisiones que deberían y podrían haberse tomado de un modo distinto, en la práctica. Dicho esto, debo aclarar que estos ejemplos no sugieren que los problemas que tenemos frente a nosotros son de exclusiva competencia judicial. Por el contrario, he tratado de sugerir a lo largo de todo este trabajo que la responsabilidad del Estado en estas situaciones alcanza a todos sus funcionarios, políticos y no políticos, en sus distintos niveles.

El primer grupo de casos que quisiera examinar se relaciona con un tema del que pude ocuparme en algunos trabajos recientes me interesó mantener que los molestos y reiterados “cortes de ruta” promovidos por desocupados argentinos, luego de la gravísima crisis política-económica del 2001, no merecían ser leídos del modo en que fueron leídos por una mayoría de los operadores jurídicos locales (incluyendo, especialmente, a jueces y teóricos del derecho)²³. El hecho es que, luego de perder su trabajo de un día para el otro, miles de ex trabajadores de empresas del Estado (entonces privatizadas), quedaron sin sustento, sin seguro social, sin atención médica, etc. Frente a ello, muchos de estos nuevos desocupados se movilizaron a las rutas principales de su comunidad, cortándolas para así llamar la atención a las mismas autoridades políticas y judiciales que se habían negado a prestar atención a sus reclamos más formales. Para muchos miembros de la comunidad jurídica, tales acciones no revestían ninguna complicación interpretativa: ellas eran, simple y obviamente, expresión de violaciones flagrantes de las normas penales, las cuales impedían obstaculizar el transporte de mercaderías y personas. Frente a dichos criterios, y siguiendo a Ronald Dworkin, me interesó insistir en que estábamos frente a un conflicto que nos exigía levantar la cabeza de las “normas locales,” para prestar atención a los valores constitucionales y derechos fundamentales entonces puestos en crisis: debíamos iniciar un camino de “ascenso teórico” desde el “derecho local” o más específico, hacia los valores constitucionales en juego²⁴. Sostuve entonces que cualquier resolución del problema resultaba inapropiada si no era capaz de poner en primer plano la violación de derechos constitucionales sufridas por los manifestantes, y no reconocía los aspectos expresivos incluidos en tales protestas, que implicaban a miles de personas procurando co-

²³ Ver, R. GARGARELLA, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005 y R. GARGARELLA, *Carta abierta sobre la tolerancia. Notas sobre derecho y protesta*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2006.

²⁴ R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Belknap Press, Londres, 2006.



municar una queja gravísima a autoridades que se negaban a hacerse cargo de ellas, y en el contexto de un sistema institucional que tornaba sus voces sistemáticamente inaudibles.

Mi razonamiento, según entiendo, resulta paralelo y tributario al que, en su momento, hicieran los notables Jueces Brennan y Marshall, de la Corte Suprema norteamericana, en su disidencia en el caso “Clark.” El citado caso trataba de una protesta llevada adelante por personas sin techo, tanto como por simpatizantes de su causa, que decidieron acampar en un parque público durante la primera noche del invierno, como modo de demostrar el tipo de agravios constitucionales que se encontraban padeciendo. Frente a dicha manifestación, reprimida políticamente y objetada judicialmente, la mayoría de los miembros de la Corte Suprema respondió desde el lugar de los “simples aplicadores” del derecho. Ellos consideraron que se encontraban frente a un caso simple, que sólo involucraba la ocupación ilegal del espacio público. Y fue esta mirada la que procuraron rechazar en su disidencia los dos jueces recién mencionados. Brennan y Marshall, en efecto, enfatizaron la necesidad de mirar más allá de las normas penales estrictamente aplicables al caso, para prestar atención a los valores constitucionales involucrados en dicha situación. En su disidencia, ellos criticaron a la mayoría de la Corte, fundamentalmente, a partir de dos razones. Sostuvieron entonces: “[Primero, los ofensores] son ciudadanos que llaman la atención sobre cuestiones de profunda importancia pública, que han traído adecuadamente a los tribunales tratando de reivindicar sus derechos constitucionales. En segundo lugar, la mayoría de la Corte aplica indebidamente el test que debe aplicarse para determinar si una particular limitación sobre la expresión califica como una regulación razonable de tiempo, lugar y modo. A la hora de determinar qué regulación puede ser mantenida, la mayoría fracasa por no saber someter a los intereses alegados por el Gobierno al grado de escrutinio requerido, para asegurar que actividades expresivas protegidas por la Primera Enmienda permanezcan libres de limitaciones innecesarias”.

A través de su importante disidencia, Marshall y Brennan procuraron dirigir la atención del tribunal hacia los fundamentales derechos constitucionales en juego, a la gravedad de su violación, y a la responsabilidad del Estado dentro de dicho cuadro.

Un tercer ejemplo interesante, que vuelve a mostrar las tensiones existentes entre el derecho penal y la justicia social, es el que involucra, en Brasil, al *Movimento Sem Terra* –un movimiento popular que viene llevando a



cabo, desde hace décadas, tomas de tierra pacíficas. Las tomas de tierra del caso aparecen dirigidas a asegurar, en los hechos, parte de la justicia social que el Estado se muestra incapaz de garantizar, mientras apoya con su fuerza policial una extrema concentración de la propiedad, favorece el mantenimiento de vastas tierras improductivas, y permite la subsistencia de un contexto de extendida pobreza, hambre y miseria. Reflexionando sobre dicha situación, Ronald Dworkin dio –prima facie– respaldo a dicha toma de tierras del MST, bajo un paraguas teórico marcado por la idea de la desobediencia civil. Para él, “[Nos encontramos aquí con] una historia de injusticia que creó gran pobreza para millones de pequeños agricultores, y proporcionó poder político vasto e injusto para los grandes propietarios, que hoy utilizan ese poder para evitar o retardar reformas...Habiendo evidencias ...para demostrar que el grupo no es tratado como participante, en igualdad de condiciones, en la ventura política de una nación, la democracia falló y, en esa medida, hasta que cambie la actitud del gobierno, los actos no violentos deben ser comprendidos dentro de la honrosa tradición de la desobediencia civil”²⁵.

Por último, señalaría que en muchos casos –que no excluyen a los citados– corresponde directamente desafiar el contenido, modo de aplicación o interpretación habituales de ciertas normas que aparece comprometidas con el agravio constitucional a determinados individuos o grupos. Para dar algún ejemplo sugeriría que, a primera vista, me resulta evidente que, en Brasil, muchas de las normas civiles que protegen la propiedad, tanto como muchas de las normas penales que castigan cualquier interferencia con ella, deben ser desafiadas, ya sea por su contenido, ya sea por el modo en que ellas ganan vida jurídica en la práctica. Del mismo modo, me resulta claro, merecen ser desafiadas las normas e interpretaciones de normas que, en la Argentina o Uruguay, permiten tratar como sediciosos a individuos que desafían a ciertas reglas vigentes (por caso, reglas sobre el orden público o la limpieza de las calles), con el objeto de hacer conocer sus demandas y quejas –demandas y quejas que los canales institucionales “oficiales” no logran re-

²⁵ “La democracia genuina implica la participación en un proceso de autogobierno, en el que la ley trata a los ciudadanos con igual consideración y respeto, de modo que la propia democracia queda en peligro cuando cualquier gobierno, aún se trate de uno salido de elecciones justas, falla en corregir la injusticia profunda y manifiesta contra un grupo. En esas circunstancias, la desobediencia civil no es necesariamente errada...” R. DWORKIN, “Os sem terra vistos de fora”, *O Estado de São Paulo*. 24/05/1997, A2, p. 14.

coger. Finalmente, merecen un seguro desafío las normas e interpretaciones jurídicas que, en Chile, permiten que se le dé tratamiento de terroristas a grupos de indígenas que viven desde hace largas décadas en situación de postergación, y sufriendo agravios a resultas de las acciones y omisiones de un Estado virtualmente ciego frente a sus derechos.

Hasta aquí, entonces, he procurado reflexionar sobre el valor de la ley penal en situaciones de profunda justicia social. He mostrado que no es ajena a nuestro razonamiento jurídico la práctica de desafiar la validez de ciertas normas cuando ellas constituyen un producto por completo ajeno a la comunidad (ello, a resultas de los modos en que tales normas fueron creadas, aplicadas y/o interpretadas habitualmente). Hemos sabido llevar a cabo tales desafíos, con buenas razones, en los casos de normas creadas por una dictadura, pero también en otros en donde las normas del caso habían sido creadas por regímenes (para decirlo de algún modo) muy débilmente democráticos. En consonancia con dicha justificada práctica, he propuesto asumir una presunción en relación con el derecho penal, cuando el mismo es el producto de un contexto de profunda injusticia social. Finalmente, he explorado algunas de las posibles consecuencias que podrían seguirse a partir de la afirmación de dicho presupuesto, y he ofrecido ejemplos capaces de ilustrar tales consecuencias.

ROBERTO GARGARELLA
Universidad Torcuato Di Tella
Miñones 2159
1428 C.Fed., Argentina
e-mail: robert@utdt.edu

