

Roberto Gargarella

## Introducción

Este artículo trata acerca de la dificultad teórica que existe para justificar el uso de la coerción penal en circunstancias caracterizadas por una fuerte e injustificada desigualdad social. La intuición que se encuentra detrás del texto indica que, en dicho contexto –el de un Estado indecente- la justificación de la coerción penal se torna compleja de sostener, muy en particular frente a los miembros más desaventajados de la sociedad. La afirmación requiere de muchos matices, que trataré de abordar a lo largo de este escrito. De todas formas, y ante todo, quisiera dejar demarcado el problema que abordo, con algún detalle mayor.

En primer lugar, diría que no hay una discusión más importante en la filosofía política actual que aquella referida al uso legítimo del poder coercitivo del Estado. Dicha reflexión es, simplemente, la más significativa en algunos de los principales trabajos producidos por la disciplina en el último siglo (Rawls 1971). De allí el valor que adquieren preguntas como las referidas a por qué obedecer a la autoridad política, si uno disiente con ella; por qué pagar impuestos que se destinan a financiar una guerra; o cuándo se justifican la desobediencia civil o la objeción de conciencia (acciones que, cabe notarlo, reconocen la validez general del derecho penal).

---

<sup>1</sup> Agradezco especialmente los comentarios de Gustavo Beade, y asimismo los de los colegas y alumnos con quienes discutí versiones anteriores de este texto, en la Universidad de Buenos Aires.

Asumo entonces, y como supuesto de este trabajo, la centralidad de la reflexión sobre la coerción estatal legítima. Y en relación con este supuesto, propongo introducir dos precisiones. En primer lugar, diría que si el uso de la coerción estatal resulta difícil de justificar, en general, dicha justificación se torna más difícil aún cuando nos referimos a la coerción penal. Una vez que definimos el castigo como un sufrimiento impuesto de modo intencional, a raíz de la acción indebida cometida por algún individuo (ver, por ejemplo, Hart 1968), o cuando aceptamos, al menos, que el daño impuesto es un elemento esencial del castigo (Bedau 1991), entonces puede comprenderse mejor por qué es tan difícil justificar esta extendida práctica. 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” (Lacey 2001, 12; 1995).

La segunda precisión que quiero introducir es la más importante para este trabajo, y es la siguiente: los problemas generales que encontramos para justificar el uso de la coerción estatal (1) se agravan cuando nos ocupamos de la coerción penal (2) y –éste es el punto- se tornan de muy difícil resolución cuando lo que queremos es justificar dicha práctica de coerción penal en situaciones de profunda injusticia social (3). En este estadio (3), dicha justificación pierde sustento, por una diversidad de razones que analizaré más abajo, pero aquí –tempranamente- quisiera referirme a un problema particular.

En contextos de grave desigualdad social, injustificada y sistemática, existe un riesgo serio de que los medios coercitivos del Estado sean utilizados a los fines de preservar las desigualdades que les dan marco. El debate que requiere esta afirmación es,

en parte, empírico (aunque éste no será el centro de mi atención). Es habitual que se diga, por caso y razonablemente, que en tiempos de crisis económica las sociedades devienen menos tolerantes y castigan a los ofensores de un modo más duro (Carlen 1989,12). El centro de mi atención, sin embargo, tiene que ver con la teoría. Ocurre que i) si concebimos a la democracia –como aquí lo hacemos- como un sistema que se justifica por su propensión a generar decisiones imparciales; ii) entendemos –como en este caso- que la imparcialidad se relaciona íntimamente con la posibilidad de cada individuo y grupo de expresarse y ser tomado en cuenta en el foro público (Nino 1996); y iii) partimos del supuesto según el cual existen amplios sectores de la población injustificadamente excluidos de la vida pública, luego iv) contamos con razones para presumir que el ordenamiento vigente va a comenzar a sesgarse a favor de aquellos que cuentan con más influencia sobre el sistema de toma de decisiones (en definitiva, sobre la escritura, aplicación e interpretación del derecho). En dicho marco, entonces, la ya compleja tarea de la justificación de la coerción (penal en este caso), se torna especialmente ardua. Las posibilidades de que, en contextos de extrema e injusta desigualdad se pueda llevar adelante un juicio justo son, esperablemente, muy bajas. Por el contrario, las chances de que en dichas condiciones se termine tratando de modo parcial la suerte de los más desaventajados son (como la evidencia empírica nos lo ratifica cotidianamente) excesivamente altas. Es el Estado, entonces, el que debe demostrarle a los miembros de los sectores peor situados –y a todos los demás que no se encuentran comprometidos con el mantenimiento de una sociedad indecente- que tienen razones para confiar en él –razones para confiar en que el Estado los va a tratar como iguales, proporcionándoles el debido trato que les ha denegado una y otra vez, en cada

ocasión, de modo sistemático, desde hace años. Son este tipo de situaciones aquellas sobre las cuales me interesa reflexionar.<sup>2</sup>

### Injusticia penal e injusticia social

La mayoría de los autores inscriptos en el área de la justicia penal han reconocido explícitamente la importancia de la referida conexión entre la justicia penal y la justicia social, y han demostrado sus preocupaciones sobre la misma. En las últimas décadas, este esfuerzo por conectar ambas esferas de reflexión (justicia penal, justicia social) se ha tornado más evidente al menos desde la publicación del influyente libro *Doing Justice* (1976) (Haciendo Justicia) de Andrew Von Hirsch, cuyo último capítulo está dedicado al tema del “merecimiento justo en un mundo injusto”.<sup>3</sup> La mayoría de los autores asociados con este punto de vista han reconocido, además, los problemas propios de esta conexión injusticia penal-injusticia social, y la manera en que ellos podrían socavar la justificación del castigo.

Notablemente, en la última oración del libro de Von Hirsch, él 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 moralmente defectuoso”. Esta es una afirmación muy fuerte, pero sorprendentemente o no, una que muchos otros doctrinarios influyentes dentro del área parecen compartir.

---

<sup>2</sup> Mi escrito no incluirá, entonces, reflexiones particulares sobre cuáles reproches podrían ser justificados en una comunidad “bien ordenada.” He hecho algunas reflexiones al respecto en otros textos (i.e., Gargarella 2008).

<sup>3</sup> Desde hace un tiempo, también, han aparecido conocidos intentos destinados a mostrar las continuidades existentes entre los principios que rigen la justicia distributiva, y los que rigen la justicia retributiva y así, la relevancia de las consideraciones de justicia social a la hora de pensar sobre la responsabilidad penal (Rawls 1955, 1971; Sadurski 1985, 1989).

Autores como Jeffrie Murphy han llegado a conclusiones similares. Murphy apoya, en principio, en una visión retributiva del castigo, pero finalmente concluye que, "en buena medida, las sociedades modernas carecen del derecho moral de castigar" (Ibíd., 221), 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" (Ibíd., 222). Distinguidos filósofos del derecho como H L Hart parecen compartir tal visión. En opinión de este autor, "debemos incorporar como una nueva causa de justificación la presión de las formas groseras de la necesidad económica" (1968 de Hart, 51). Otros escritores reconocidos en la materia, incluyendo a Andrew von Hirsch y a Ted Honderich, parecen persuadidos también por esta clase de afirmaciones (Tonry 1994, 153) <sup>4</sup>.

Todos estos autores, según entiendo, parecen estar realmente preocupados por lo que Antony Duff ha llamado las *precondiciones de la responsabilidad delictiva* (1998, 2001 Duff). En palabras de este autor, "cualquier explicación del castigo que le de un lugar central a la justicia del castigo al ofensor debe enfrentar el problema de si podemos castigar de modo justo a sujetos cuyas ofensas se encuentran estrechamente vinculadas con injusticias sociales serias que han sufrido." (1998, 197 Duff).<sup>5</sup> 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" (Ibíd..., 196). Entonces,

---

<sup>4</sup> De acuerdo con von Hirsch, "cuanto más tiempo se le denieguen, a porciones significativas de la sociedad, las oportunidades apropiadas para desempeñarse en la vida, cualquier plan o esquema de castigo debe ser moralmente imperfecto;" y de acuerdo con Honderich, "No hay nada que pueda resolver la cuestión acerca de la justificación moral del castigo cuando se pasa a tomar en cuenta la decisiva cuestión acerca de la distribución de bienes en la sociedad" (todas citas de Tonry 1994, 153).

<sup>5</sup> 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. Ver Duff 2001, Cap. 5.3.

y en la medida en que esas condiciones injustas siguen intocadas, los delincuentes no podrían ser juzgados justamente, condenados, o castigados.

### Derechos y democracia

En lo que sigue, quisiera examinar las que son, según entiendo, las dos principales líneas argumentativas que subyacen a la literatura citada en la sección anterior, dirigida a impugnar el ejercicio de la coerción penal en sociedades desiguales. Se trata de las dos visiones que considero (por razones a ser desarrolladas en lo que sigue), las más plausibles y fructíferas en la materia. Estas líneas argumentativas, implícitas en las críticas revisadas, se basan, una, en la idea de derechos, y la siguiente en la idea de democracia. La primera de estas líneas argumentativas se relaciona, más específicamente, con una posición de tipo *contractualista*, mientras que la segunda nos refiere a una concepción particular- *dialógica*- de la democracia.

*Derechos.* La línea de argumentación principal a la que apelaba Jeffrie Murphy, en el trabajo citado más arriba, se vinculaba con el contractualismo -en una versión del contractualismo que remite tanto a Kant como a la noción rousseauiana de la “voluntad general.” El punto de partida de esta postura nos dice que el castigo puede justificarse, frente a cada individuo, si el mismo podía considerarse plausiblemente como un producto del propio consentimiento de cada uno –si la decisión del Estado de castigarme puede ser reconstruida, plausiblemente, como mi propia decisión (Murphy 1973). Murphy reconstruye entonces la teoría kantiana sobre el castigo, basándola en la noción de “ventaja indebida” (*unfair advantage*): la idea es que la ley debe garantizar que los que la desobedecen no obtengan una ventaja injusta sobre aquellos que voluntariamente deciden

obedecerla. Desde este punto de vista, el papel del castigo es el de restablecer un balance apropiado entre beneficios y obediencia. El castigo es visto entonces como una deuda que se le debe a todos los demás miembros de la comunidad, en su condición de sujetos respetuosos de un derecho justificado. En dicho marco se torna posible sostener, al menos en principio, que el propio sancionado consiente las penas que se le imponen: él no puede quejarse, entonces, del reproche que recibe, porque sabía que era lo que le correspondía luego de haber tomado o tratado de tomar una ventaja indebida. De este modo, diría Kant –como dice Murphy- las ideas de coerción y autonomía vuelven a ir de la mano.

A los fines de este trabajo, no pretendo suscribir una visión como la de Murphy como fundamento y justificación del castigo. Me interesa, en cambio, la apelación que allí se hace a la lógica del contractualismo para pensar sobre los límites en el uso del aparato coercitivo estatal. El problema que este aparato conceptual nos ayuda a identificar es, entonces, el siguiente: en nuestras sociedades, muy habitualmente, y al menos en relación con extensos sectores de la población, es difícil reconocer cuáles son los beneficios producidos por el accionar estatal, como los que la teoría contractualista supone. Lo que suele ocurrir, más bien, es que los sectores más postergados de la comunidad son colocados en una situación de grave desventaja, por el Estado, quien los abandona a su suerte o directamente los agrede, a través del derecho penal. Luego (y en la medida en que la descripción anterior tenga alguna plausibilidad) no queda claro qué es lo que aquellos deben devolverle al Estado. Esto es, precisamente, lo que se pregunta Murphy: qué es lo que tales personas –que viven en condiciones paupérrimas- deben reciprocarse al Estado? Él retoma, entonces, la sugerencia marxista según la cual la teoría retributiva es formalmente correcta, pero materialmente inadecuada. Y concluye, por tanto, diciendo que “las sociedades modernas carecen de un derecho moral al castigo”

(Murphy 1973, 221), y que “en ausencia de un cambio social mayúsculo,” las instituciones del castigo deben ser “resistidas por todos aquellos que toman a los derechos humanos como algo moralmente serio” (ibid. 222).<sup>6</sup>

De modo similar, Nicola Lacey –quien ha realizado trabajos muy importantes en un área en la que confluyen las nociones de castigo, comunidad y justicia social- ha sostenido que “si [es cierto que] una larga proporción de ciertos grupos de ofensores está constituida por individuos cuyos derechos de ciudadanía básicos –tales como el derecho a la integridad física y sexual- han sido violados por abusos respecto de los cuales el Estado no los ha protegido, entonces éste debe ser un factor relevante a la hora de determinar la naturaleza, sino el mismo hecho, de su castigo. Así también, y en un nivel todavía más básico, el hecho de que un ofensor haya recibido menos de lo que justamente le corresponde de los recursos públicos, por ejemplo en educación, debe afectar...otros aspectos relevantes de su sentencia” (Lacey 2001, 14).<sup>7</sup>

*Democracia.* La segunda línea de argumentación que quiero explorar se relaciona con las nociones de democracia, procedimientos institucionales y “voz” y, como la anterior, exhibe ecos lejanos del pensamiento rousseauiano. La idea principal, en tal sentido, es que las normas justificadas son aquellas respecto de las cuales puedo considerarme razonablemente su autor. En una comunidad integrada, auto-gobernada, cada persona puede mirar a las normas vigentes y ver reflejadas en ellas, como en un espejo, las marcas

---

<sup>6</sup> En sus términos: “modern societies largely lack the moral right to punish” (Murphy 1973, 221), por lo que “in the absence of a major social change (institutions of punishment) are “to be resisted by all who take human rights to be morally serious” (ibid., 222).

<sup>7</sup> “[I]f a large proportion of certain groups of offenders are people whose basic citizenship rights –such as the right to physical or sexual integrity –have been violated by abuses from which the state has failed to protect them, this must be a relevant factor in determining the nature, if not the fact, of their punishment. Similarly, at a yet more basic level, where an offender has received less than their fair share of public resources such as education, this should affect...other relevant aspects of their sentence” (Lacey 2001, 14).

de su propio rostro. El derecho aparece, entonces, como expresión viva de las propias convicciones de aquellos sujetos sobre los cuales se aplica. No resulta un contrasentido, en ese contexto, sostener que alguien gana libertad convirtiéndose en “esclavo” del derecho. En el extremo opuesto de dicha situación ideal –situaciones a las que describiría como de *alienación legal*- lo que deberíamos esperar es lo contrario, esto es decir, situaciones en las que algunas personas empiezan a leer o a escuchar al derecho imposibilitados de reconocer allí a su propia voz. Lo que estas personas escuchan es una voz diferente, que les resulta ajena, incomprensible, extraña. Pero esa voz extraña, sin embargo, es la que cuenta con el respaldo de la fuerza estatal, lo cual le permite imponerse contra la voluntad de aquellos que no comprenden, no adhieren, o directamente rechazan lo que ella dice.

La siguiente descripción que hace Antony Duff recupera lo que hemos dicho en el párrafo anterior, a través de una idea de alienación como la que citáramos, o como la que está presente –no casualmente- en el análisis de Murphy.<sup>8</sup> Dice 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.

---

<sup>8</sup> Según Murphy: “[c]riminals typically are not members of a shared community of values with their gaolers; they suffer from what Marx calls alienation. And they certainly would be hard pressed to name the benefits for which they are supposed to owe obedience.” (1973, 240).

Ellos sólo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respecto y consideración que se les debe como ciudadanos (Duff 2001, 195-6).<sup>9</sup>

Como en la aproximación rousseauiana, Duff también vincula el valor de la ley con la intervención decisiva de cada ciudadano en la creación de la misma. Y como aquél, asume que existe un problema mayúsculo cuando los individuos sobre los cuales cae el derecho con toda su fuerza no pueden considerarse, en un sentido relevante, autores del derecho.

Los párrafos anteriores esbozan los contornos de una cierta idea de la democracia, a la que asociaría con (lo que hoy se llama) una concepción deliberativa de la democracia (Elster 1998). Según una reconstrucción posible de la misma, las normas democráticas se justifican sólo y en la medida en que ellas puedan ser reconocidas como el producto de una *discusión inclusiva*, esto es una discusión de la que han tomado parte “todos aquellos potencialmente afectados” (Habermas 1996). Los lazos entre esta lectura de la democracia y la visión que presentábamos más arriba parecen claros. Principalmente, ambas ponen un acento muy especial en la intervención de los propios afectados en la creación del derecho, como condición para la aceptabilidad y respetabilidad de las normas. No resulta extraño, por tanto, que el propio Duff haya hecho explícitas, en los últimos tiempos, las conexiones que existen entre sus trabajos sobre la justificación del castigo y la teoría deliberativa de la democracia (Duff y Marshall 2007; Duff, Farmer et al. 2007). Su acercamiento a dicha teoría, finalmente, es consistente con el que han hecho varios otros autores interesados teóricamente en la problemática del castigo, y con una

---

<sup>9</sup> 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 “reestablecer un balance equitativo de cargas y beneficios, porque ese balance no existía de antemano” (Duff 1986, 229).

mirada también crítica sobre el mismo (de Greiff 2002, Nino 1996 y 1996b, Pettit y Braithwaite 1990 y 1994).

La teoría deliberativa de la democracia vincula la imparcialidad de las normas con procesos de discusión inclusivos y, por eso mismo, considera que en situaciones que ofenden alguno de esos básicos compromisos (decisiones que son el mero producto de la presión de grupos de interés; decisiones que se toman en el marco de sociedades fuertemente excluyentes) aumenta enormemente el riesgo de que las políticas públicas resulten sesgadas a favor de quienes controlan el proceso de decisiones, o en contra de quienes son más ajenos al mismo. Y ello, no a resultas de alguna teoría conspirativa, ni necesariamente como producto de la mala fe de los funcionarios de turno, sino como resultado de la natural dificultad que cada uno de nosotros tiene para ponerse en el lugar de los demás, conocer lo que resulta importante para ellos, o sopesar debidamente el valor que ellos le asignan a aquello que les importa.

El tema tiene una significación obvia en el marco de este trabajo, porque dicha teoría nos ayuda a predecir que en esta área –relacionada con los modos del ejercicio de la coerción penal- los niveles de exclusión social existentes, y la falta de debate público sobre la materia van a redundar en un ejercicio fuertemente sesgado e injustificado de dicha coerción.

Lo dicho, lamentablemente, parece encontrar un fuerte respaldo empírico cuando –por caso, y de modo relevante- prestamos atención a la deplorable situación que caracteriza a las prisiones en la mayoría de nuestros países. En ellas, inequívocamente, podemos reconocer de qué modo sociedades de composición social heterogénea,

producen sistemas carcelarios de composición homogénea, en donde los grupos más desaventajados de la sociedad se encuentran claramente sobre-representados. Este resultado inaceptable se debe a muchas razones, pero sin lugar a dudas, también, a los modos en que el derecho se escribe (cuáles son las faltas que son seleccionadas como delitos y cuáles no); se aplica y se interpreta.<sup>10</sup> Finalmente, la pretensión del Estado de hacer uso de la violencia que controla resulta decisivamente cuestionable cuando quienes son más afectados por esa violencia representan a aquellos que menos involucramiento han tenido en el diseño, aplicación e interpretación de esas políticas de violencia.

### Una presunción negativa

En la práctica, las dos líneas argumentativas exploradas en la sección anterior marchan juntas, a pesar de que tenga sentido examinarlas por separado. Cada una de ellas nos refiere a ejemplos demasiado comunes en nuestras sociedades. Situaciones como las del *apartheid* sudafricano; violaciones masivas de derechos humanos como las practicadas por la mayoría de las dictaduras latinoamericanas, durante los años 70; discriminaciones raciales extremas, como las sufridas por la comunidad afroamericana en los Estados Unidos; representan ejemplos muy visibles de situaciones de violencia grave y sistemática sobre algunos grupos, que implicaron una ofensa grave sobre los derechos de los grupos afectados, imputables al Estado en control del monopolio de la fuerza. Por ello mismo, los mencionados ejemplos ilustran bien la que fuera nuestra primera línea teórica, relacionada con los derechos. Sin embargo, y al mismo tiempo, tales ejemplos ilustran – como suele ocurrir– nuestra segunda línea de investigación, relacionada con la

---

<sup>10</sup> En efecto, parece que, o bien estamos eligiendo castigar crímenes que son primordialmente cometidos por personas desfavorecidas, y/o que, dentro de esos crímenes seleccionados, el sistema penal se encuentra sistemáticamente sesgado contra los derechos e intereses de los desfavorecidos, porque son ellos los que aparecen sistemáticamente seleccionados por el aparato represivo del Estado.

democracia, en general, y la democracia deliberativa, en particular. Al respecto, podríamos decir que los grupos entonces afectados –la comunidad negra en Sudáfrica; la de los afroamericanos en los Estados Unidos; la de las víctimas de las dictaduras latinoamericanas- se encontraban sistemáticamente privados de voz, en sus respectivas comunidades, y que por dicha razón el Estado no podía reclamar autoridad penal coercitiva sobre ellos.

Es decir, cualquiera de las dos vías teóricas exploradas al comienzo –la de los derechos o la de la democracia- nos habilita para llegar al mismo resultado, en relación con ciertas situaciones extremas: la pérdida de autoridad justificada por parte del Estado, para ejercer la coerción penal en los modos en que lo ha venido haciendo. O también podríamos decir, como dijera otros, que dicha pérdida de autoridad se relaciona con agravios producidos por la autoridad al frente del gobierno, y derivados de graves violaciones sustantivas (de derechos) y procedimentales (democráticas) producidas por dicha autoridad. Ésta fue, por ejemplo, la estrategia seguida por Thomas Jefferson y parte de la dirigencia revolucionaria norteamericana, a la hora de escribir la Declaración de la Independencia.<sup>11</sup>

En el caso aquí bajo estudio, de todos modos, no me interesa (como sí podía interesarle a Jefferson) hacer referencia a los modos en que ciertas fallas sustantivas y procedimentales pueden poner en cuestión las mismas bases jurídicas de la comunidad. El caso sobre el que aquí me concentro es jurídicamente más específico, ya que me refiero a la justificación del uso de la violencia penal por parte del Estado en condiciones

---

<sup>11</sup> Se trató, en dicha ocasión, de listar la “larga cadena de abusos” cometidos por las autoridades inglesas, en ofensa de los derechos básicos de los norteamericanos, contra su fundamental derecho al autogobierno. Dichos abusos, se alegaban, privaban al gobierno británico de su autoridad jurídica sobre los nuevos territorios.

socialmente extremas, relacionadas con la existencia de radicales condiciones de exclusión.

Mi examen tampoco pretende sugerir la existencia de relaciones automáticas del tipo exclusión social = disolución del Código Penal. La idea en la que pienso es diferente, más estrecha. Lo que afirmo es que, en circunstancias sociales tan extremas como las descritas, que configuran lo que podemos llamar un Estado indecente, tenemos razones para ser mucho más exigentes respecto de los modos en que el Estado ejerce la violencia penal. En lugar de presumir, como lo hacemos hoy, que el ejercicio del poder punitivo se justifica en todos los casos, tenemos que cambiar la presunción y obligar al Estado a que nos justifique por qué es que quiere hacer lo que viene haciendo, dado el contexto social que existe, y del que es directo responsable. Uno podría decir que, en tal contexto, la presunción debe invertirse hasta tanto el Estado no demuestre que está haciendo esfuerzos genuinos y visibles para cambiar la situación que hasta hoy mantiene, y que implica masivas y graves violaciones de derechos.<sup>12</sup>

En este punto, es bueno recordar que todo el discurso justificatorio en torno al derecho penal se encuentra montado sobre la idea de la *ultima ratio*- es decir, sobre una versión de esa presunción negativa- que dice que el derecho penal no debe ser utilizado nunca...salvo en casos absolutamente extremos. Lo que ocurre es que, con el correr de los años, las autoridades estatales tanto como los doctrinarios han comenzado a distender

---

<sup>12</sup> En este texto, me interesa hacer referencia al principio que, según entiendo, está en juego, antes que definir una fórmula acabada acerca de cuándo es que el Estado podría reclamar, legítimamente, que está haciendo los esfuerzos debidos, que merecerían dispensarlo de las cargas justificativas que aquí le atribuimos. En todo caso, sí diría que muchos de nuestros países se caracterizan por la presencia de situaciones de grave y extendida desigualdad, que incluyen a millones de personas viviendo en condiciones de pobreza extrema; amplios sectores medios; extendidos grupos de riqueza concentrada; y Estados que están lejos de considerarse en bancarota. En dicho marco, según asumo, el Estado se encuentra en buenas condiciones de demostrar que está dispuesto a dejar atrás su connivencia con situaciones de grave injusticia.

sus preocupaciones al respecto, para aceptar la aplicación del derecho penal (contra lo establecido por el principio de la *ultima ratio*), indiscriminadamente, en cualquier caso, y con absoluta ligereza. Se nos *dice* entonces que las herramientas penales deben activarse sólo frente a los casos extremos, mientras que a partir de tales dichos, y en la práctica, se *actúa* como si el derecho penal ya hubiera quedado justificado, por lo cual el único razonamiento que resta es el que define qué pena específica va a aplicarse, en el caso concreto.<sup>13</sup>

Contra esta descuidada actitud, lo que sugerimos es volver a una versión fuerte de aquella presunción negativa respecto de la justificación del accionar estatal, hasta tanto el cambio de actitud estatal sea manifiesto para todos, oficialistas y opositores. Esto es decir, si el Estado quiere recuperar su autoridad coercitiva penal, debe resultar claro para cualquiera que él está dirigiendo todas sus energías a poner fin a las injusticias que hasta hoy ha auspiciado, a través de sus acciones y omisiones. En condiciones de injustas desiguales, sostenidas en el tiempo, es el Estado el que debe dar razones y garantías -a todos, y en particular a los que más y más habitualmente maltrata- de que está dispuesto a actuar de modo imparcial y respetuoso de los derechos de los más desaventajados, luego de dar cotidiana muestra de lo contrario, durante años, y frente a cada oportunidad en la que fue llamado a intervenir.

---

<sup>13</sup> De modo más radical, parte de lo más importante de la doctrina penal de nuestro tiempo defiende posturas cercanas al denominado “minimalismo penal,” que procura tomar más en serio aquel compromiso con la *ultima ratio* (Ferrajoli 2008, Zaffaroni 2006). Entiendo, sin embargo, que esta saludable iniciativa tampoco ha sido mantenida de un modo debidamente consistente.

## Objeciones

En esta sección, quisiera examinar algunas críticas posibles, ya conocidas, sobre posiciones como las que aquí se mantienen.

*Las condiciones de la obligación política.* Una observación habitual hecha por quienes desconfían de esta línea de análisis dice que la alegada exclusión que se toma como base para señalar la falta de autoridad del derecho no es tal. Ello, por caso, debido al significativo hecho de que ricos y pobres, privilegiados y desaventajados cuentan todos con un idéntico derecho al voto, que les permite influir de un modo no irrelevante sobre el sistema de toma de decisiones.<sup>14</sup> A ello se suma la circunstancia de que, en todas nuestras democracias, los más postergados están investidos de un derecho a la queja: ellos pueden salir a la calle, manifestarse y hacerse conocer a los demás sus puntos de vista. Por lo demás, se alega, la propia historia de nuestros países ratifica lo observado porque nuestros parlamentos cuentan habitualmente con representación obrera, así como representación de partidos que asumen como propios los intereses de los grupos más postergados. Del mismo modo, podría decirse, los medios de comunicación no escatiman imágenes o referencias a la situación de los grupos más postergados, razón por la cual no resultaría veraz sostener que ellos se encuentran invisibilizados, ausentes de la escena pública.

En mi opinión, la línea de argumentación anterior resulta difícil de sostener. En primer lugar, ella parte de una idea demasiado débil o poco exigente de la obligación

---

<sup>14</sup> Una lectura crítica, significativa, sobre la obligación política, en Simmons (1996).

política. En las décadas de “separados pero iguales,”<sup>15</sup> por ejemplo, los afroamericanos en los Estados Unidos podían contar con el derecho al voto, pero ello no negaba la presencia de ofensas gravísimas inducidas desde el Estado y que implicaban, en los hechos, un tratamiento como “ciudadanía de segunda clase.” Sistemáticamente, y por razones ajenas a su responsabilidad, los miembros de la comunidad afroamericana tenían entonces un acceso a una educación, salud o aún servicios de transporte de mucha peor calidad de aquellos que se reservaban para la mayoría blanca. Y el hecho de que ellos pudieran votar no disminuía la gravedad de las faltas del Estado, ni su eventual derecho a desafiar o desconocer la autoridad del Estado.

En tal sentido, podría agregarse, el sistema representativo en una mayoría de democracias occidentales sufre de fallas graves, que hacen difícil que los ciudadanos puedan ganar control sobre el proceso de toma de decisiones, y hacer responsables por sus omisiones o faltas a los principales artífices de las políticas públicas que se adoptan. De allí que tales sistemas puedan convivir con situaciones de marginación extremas, u ofensas gravísimas sobre ciertas secciones de la comunidad. Nada de ello es desmentido por la existencia de algún fallo judicial favorable a algún individuo de bajos recursos; la presencia, en el Congreso, de algún diputado identificado con los intereses de quienes están peor; o algunas imágenes televisivas solazándose con las quejas o miserias de algunos pobres.

Finalmente, la objeción bajo examen fracasa por asumir que el único caso serio capaz de justificar una ruptura en los deberes de obediencia es el que se deriva de

---

<sup>15</sup> Cuando regían las más severas discriminaciones contra los afroamericanos, y se les impedía, legalmente, tener acceso a las mismas facilidades que se habilitaban para los blancos. Este régimen diferenciado fue reconocido constitucional, por la Corte Suprema norteamericana, en 1896, en el caso *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537.

situaciones de máxima exclusión política –i.e., la aparición de una dictadura. Contra dicho criterio, aquí me interesó decir que la pérdida de autoridad política puede derivarse no sólo de la “ausencia de voz” de los marginados, o de la ruptura democrática (la llegada de una dictadura), sino también, y de modo especial, a partir de la presencia de graves y sistemáticas violaciones de derechos.

Decir lo anterior no implica desconocer que, en una sociedad decente, el respeto de los derechos puede resultar imperfecto; que en ellas pueden darse violaciones de derechos ocasionales, sobre algún individuo o grupo. Una sociedad decente es compatible con tales fallas eventuales. Entiendo, sin embargo, que ella es incompatible con la presencia de violaciones de derechos sistemáticas y graves. En esos casos, pierde sentido la afirmación según la cual “los más desaventajados están participando del sistema institucional, así que no hay razones para tratarlos como excluidos.” El cuestionamiento que realizamos no depende, exclusivamente, de la mayor o menos inclusión política de los desaventajados (aunque aquí no concedería, de todos modos, que la existencia del derecho al voto, típicamente, elimina las razones que tienen los marginados para considerarse excluidos del sistema político). Nuestro cuestionamiento a la autoridad coercitiva se sostiene si es que podemos considerar, razonablemente, que los miembros más débiles de la sociedad se encuentran afectados por graves y sistemáticas violaciones de derechos.

*Una objeción consecuencialista: Todos, pero especialmente los más desaventajados, necesitan del orden legal.* Una variante del argumento anterior diría que, si bien alegaciones como las que hemos hecho son verosímiles, ellas no son suficientes para probar lo que pretendemos probar. Ello, sobre todo, porque alternativas institucionales

como las que aquí parecen quedar disponibles sólo prometen agravar las violaciones de derechos de las que nos quejábamos. Según esta crítica, la puesta en cuestión de la autoridad coercitiva sólo puede traer consigo consecuencias desastrosas, sobre todo para quienes están peor. Este previsible resultado –se nos dice– sólo terminaría empeorando la suerte de aquellos a quienes más nos interesa proteger. En efecto, en un contexto en donde comienza a resultar habitual la desobediencia del derecho, o el desconocimiento de la autoridad jurídica de los decisores, qué puede esperarse sino el caos, la violencia social y –peor aún– la violencia o venganza privada hacia los grupos sobre quienes existen mayores prejuicios –una especie de “todos contra todos” en donde los más desamparados son los que primero, y más previsiblemente, van a perder?

Un ejemplo de esta línea de argumentación ha sido explorada por autores muy reconocidos en el ámbito local, como el profesor italiano Luigi Ferrajoli (o, con matices diferentes, el argentino Raúl Zaffaroni), quienes consideran que la justicia debe comprometerse con la aplicación moderada/limitada de castigos, debido a una serie de premisas relacionadas, de modo muy directo, con las consecuencias trágicas que se seguirían en ausencia del derecho penal. El acento, en este caso, está puesto sobre los modos en que la coerción estatal ayuda a prevenir la violencia privada contra los que están peor.

El profesor Ferrajoli, en particular, alude a este criterio en su justificación de la coerción penal que, para él, se encuentra apoyada en dos razones fundamentales. Por un lado, él se refiere a la necesidad de favorecer el objetivo de la prevención general negativa, que busca maximizar la utilidad de la mayoría (Ferrajoli 1997, 332). Alude, entonces, al servicio que puede prestar la pena en tren de minimizar el “malestar

necesario de los desviados” (sic) –lo que convierte en injusta toda pena “agravada más allá de lo necesario para quienes deben sufrirla.” Allí aparece otro criterio al que denomina “*el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal,*” cual es el de impedir “la mayor reacción –informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal- que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella” (ibid., las cursivas son mías). La pena aparece, entonces, como una forma de minimizar la “reacción violenta al delito” (ibid.).<sup>16</sup>

Lo dicho resulta, sin embargo, problemático por varios motivos. Por un lado, autores como Ferrajoli en ningún momento nos ofrecen una evidencia empírica (o referencias a ella) que sea capaz de fundar la conexión causal que establecen entre ausencia de penas –que no es lo mismo que ausencia de reproche estatal- y venganza privada.<sup>17</sup> Este problema es común a otros autores consecuencialistas que nos dicen que el ejercicio de la coerción penal estatal resulta, en definitiva, beneficiosa para los pobres, cuando se la compara con lo que ocurriría en el caso de su eventual ausencia. Esta postura simplemente ignora el impacto que tiene, para la población pobre, el ser permanente blanco de sospecha, persecución o estigma, por parte de los sectores que ejercen la coerción. Por lo demás, esta postura simplemente no toma en cuenta la existencia de formas de justicia comunal/no estatal –tales como las famosas “rondas campesinas” – que, sin representar un modelo ejemplar de justicia popular, ayudan a ver que la ausencia del Estado en sus modalidades más reconocibles no implica,

---

<sup>16</sup> Finalmente, Ferrajoli ve a su proyecto justificatorio como “histórica y sociológicamente” relativo. Para él, “la gravedad y cantidad de las penas ha de ajustarse en suma a la gravedad y cantidad de la violencia que se expresa en la sociedad y al grado de su intolerabilidad social” (ibid., 344). Y, concluye, “bajo este aspecto es indudable que la sociedad contemporánea es incomparablemente menos violenta” que sociedades pasadas.

<sup>17</sup> Enfatizo este aspecto de la justificación dada por Ferrajoli para la pena, dado que él mismo admite –en la sección de su libro dedicada a la justificación de la pena- que “es dudosa la idoneidad del derecho penal para satisfacer eficazmente” su primer objetivo, el de prevenir el delito, dadas las “complejas razones sociales, psicológicas y culturales de los delitos, ciertamente no neutralizables mediante el mero temor a las penas” (ibid., 334).

necesariamente, ni el caos, ni el peor perjuicio para los pobres, en lo que concierne a la prevención y combate al crimen (i.e, Yrigoyen Fajardo, 2003, 2004).

Por otro lado, así como no resulta nada claro que la ausencia de penas desataría formas de la venganza privada, así también corresponde decir que no es nada claro que la alternativa –siempre excepcional- de la venganza privada, no se desate o pueda desatarse en situaciones de plena justicia institucional. Ocurre que dichos sentimientos agresivos parecen tener más que ver con el daño emocional provocado por el crimen, que con la presencia o ausencia de justicia institucional. Por otro lado, si lo que se quiere es evitar los riesgos de la venganza privada ¿por qué no diseñar entonces estrategias protectivas sobre los acusados o responsables de ciertas ofensas, en lugar de encerrar a estos últimos, privándolos de sus libertades más básicas?<sup>18</sup> Finalmente, una teoría como la de Ferrajoli descansa sobre una exagerada confianza en la labor de los jueces, que tiene como contracara una exagerada desconfianza en el accionar de las mayorías, y finalmente en el funcionamiento de la democracia de masas. Ambas premisas, según entiendo, resultan injustificadas, aunque examinar con detalle la cuestión nos llevaría lejos del propósito central de este trabajo.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> De modo similar, Zaffaroni señala que, si los jueces no aceptaran aplicar ciertas dosis mínimas de represión penal “las restantes agencias y, en especial, el formidable aparato de propaganda del sistema penal con su invención de la realidad...se ocuparían de aniquilar a la agencia (al acusado del caso) y a sus legítimas tentativas limitadoras, apuntalando su ejercicio de poder deslegitimado y poniendo en peligro toda la empresa judicial de limitación de la violencia” (Zaffaroni 2003, 284; también Zaffaroni 2006). Pueden verse las consecuencias nefastas de este tipo de visiones en casos recientes resueltos por la Corte Suprema de nuestro país –y con el claro aval del jurista argentino- como “García Méndez,” en donde se justificó el encierro de menores en situación de calle bajo la idea de que de ese modo se los protegía. Como dijera la jueza Carmen Argibay, luego de aparecido el fallo, “No podíamos mandar estos chicos a la calle sin averiguar qué pasa. Si hacíamos eso, estaríamos ofreciendo blancos móviles. No se olviden de que en la Argentina existe el gatillo fácil.” [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=1077242](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1077242)

<sup>19</sup> En efecto, Ferrajoli presenta al “garantismo penal” como contracara de la “democracia política.” En tal sentido, si fuera cierto, por caso, el vínculo que Ferrajoli señala entre neopunitivismo y decisión mayoritaria, luego, él tendría un mejor apoyo para avanzar su propuesta. Sin embargo, el nexo que aquí se establece tiene al menos dos problemas serios. En primer lugar, Ferrajoli no ofrece ningún apoyo empírico serio para su propuesta. Bien podría ser, por caso, que dicha conexión entre mayoritarismo y neopunitivismo fuera más azarosa, o más compleja, o menos unidireccional de lo que él alega. Pero

Para terminar, diría solamente que todos, pero de modo muy especial quienes asumen visiones críticas de la pena (como lo hacen, por caso, Zaffaroni o Ferrajoli), requieren de justificaciones extraordinarias, si es que pretenden demostrar que la misma, a pesar de todo, es una herramienta necesaria, susceptible de ser justificada en contextos tan dramáticos como los que vivimos.

*La desaparición del Estado.* Y que decir frente a quienes sostienen que un cuestionamiento como el que ofrecemos implica objetar todo uso posible del aparato coercitivo estatal dando lugar, entonces, a una sociedad con un Estado virtualmente ausente, una sociedad en donde rige la “ley del más fuerte.”<sup>20</sup>

Dicha pregunta es compleja, pero presupone que aquí se hacen afirmaciones que en este texto no se hacen, o directamente se rechazan. En primer lugar, debería aclarar que el objetivo de este escrito es el de examinar críticamente la justificación del uso de la coerción en ciertas condiciones contextuales, y no el de elaborar propuesta de política pública acerca de cómo debiera ejercerse dicho poder. Para tornar más comprensible lo que digo, pensemos en el siguiente ejemplo. Imaginemos que un Estado tuviera a la tortura como práctica habitual contra sus detenidos, y dijera –como suele decirse en esos casos- que utiliza la tortura porque es el único medio realmente efectivo para asegurar ciertos beneficios urgentes y deseables para todos (i.e., evitar inminentes actos

---

ocurre además, y en segundo lugar, que hay buenos estudios empíricos que socavan sus dichos, y que muestran, por ejemplo, que la mayor intervención popular en el área penal, y la deliberación democrática sobre la cuestión no terminan necesariamente en un apoyo a propuestas consistentemente más punitivistas, sino más bien lo contrario. En todo caso –y aún asumiendo lo que no asumo, es decir el carácter polémico de estos últimos estudios- lo que resulta claro es que Ferrajoli no puede seguir sosteniendo su defensa del minimalismo penal de la manera en que lo hace: ella falla en su base empírica, tanto como en su apoyatura teórica. Me ocupo del tema en Gargarella (2010).

<sup>20</sup> Una lúcida discusión al respecto en Hudson (1995), 68.

terroristas).<sup>21</sup> Frente a dicha práctica la afirmación de un principio incondicional de no-tortura (basado, por caso, en el respeto de la igual dignidad humana, o los compromisos internacionales asumidos por el Estado, en materia de respeto de derechos humanos), no merecería ser respondido con ideas polémicas y empíricamente cuestionables del tipo “haciéndole caso a Ud., la persecución del terrorismo se torna imposible;” ni mucho menos con acusaciones del tipo “Ud. entonces está a favor del terrorismo.” Nuestro cuestionamiento inicial parte de un punto filosófico, que requiere ser respondido filosóficamente. Por otro lado, respuestas como la citada –si es que quieren tener algún peso en la argumentación general- deben ser respaldadas mejor, en términos empíricos: no basta con proclamar simplemente que lo que sostenemos implica la desaparición de todo el sistema de persecución penal.” Por lo demás, el cuestionamiento a ciertos aspectos centrales de una política penal (la tortura; el uso de penas de privación de libertad en contextos de fuerte desigualdad), no implican, necesariamente, un cuestionamiento a todos los demás aspectos de dicha política. De modo análogo podemos decir, frente a una política económica de fuerte intervención estatal, que la práctica de llevar adelante expropiaciones sin debido proceso no se justifica. Ello no implica sostener, sin embargo, que todos los demás aspectos del plan económico vigente sean igualmente cuestionables. Tal vez lo sean, tal vez no, y deberá pensarse sobre cada uno de esos casos por separado.

De forma adicional, debe tomarse en cuenta que una concepción de la democracia y la igualdad como la que sostenemos no viene de la mano de una teoría política antiestatista, sino más bien lo contrario. Esto es decir, una teoría política que otorga al

---

<sup>21</sup> Ver Posner y Vermeule (2007).

Estado un papel central en la tarea de asegurar el resguardo continuo de derechos fundamentales para todos.

Más aún, existe un problema, sobre el cual ahora no profundizaré, en considerar que quien hace una crítica de principios a una cierta práctica abusiva debe –si es que quiere actuar de modo responsable- contar con propuestas acabadas acerca de las mejores alternativas políticas, capaces de reemplazar la práctica criticada. Nuevamente, quien sostiene que no debe perseguirse al terrorismo a través de la tortura no necesita contar con un plan alternativo, viable, sobre cómo combatir exitosamente al terrorismo, para poder avanzar su crítica.

Finalmente, existen razones especiales para concentrar nuestra crítica sobre los modos en que el Estado hace uso de la coerción penal (en lugar de, directamente, iniciar un cuestionamiento global al Estado). Ello, no sólo porque analíticamente son dos cuestiones distintas, que pueden estudiarse por separado, sino sobre todo debido a los riesgos extraordinarios que implica la práctica de la coerción penal, en materia de violación de derechos. Y todavía más cuando, cotidianamente, nos encontramos frente a una práctica de violaciones masivas y graves de derechos (i.e., de los detenidos y procesados), que son en parte un producto directo de los modos en que se ejerce la coerción penal. Tenemos razones para urgir el fin del –hoy dominante- uso discrecional de la coerción penal, mientras que al mismo tiempo debemos exigir –contra ello- un fortalecimiento del aparato estatal en áreas vinculadas con la provisión de bienes para los que están peor (finalidad que se vería directa y mortalmente afectada si, por caso, los más aventajados dejaran de pagar sus impuestos en protesta por las injusticias que el Estado comete). En este sentido, debe quedar claro que nuestra crítica al uso de la coerción penal

en contextos de desigualdades extremas en absoluto niega el valor de examinar todos los demás abusos que cometa el Estado, o de iniciar un examen crítico más global sobre los modos en que el Estado ejerce su autoridad.

*El lugar de las víctimas.* Una objeción común que se presenta cada vez que se hacen referencias a los derechos de los perseguidos penalmente por el Estado, tiene que ver con los derechos de las víctimas del delito. Según la formulación popular, hay “mucha preocupación por la suerte de los delincuentes, pero un absoluto descuido por los derechos de sus víctimas.”

Contra aquella formulación, son muchas las observaciones que merecen hacerse. En primer lugar, conviene dejar en claro que el escrutinio estricto sobre los modos en que el Estado ejerce la coerción penal en contextos de injusta desigualdad no requiere la desatención de otros derechos. Por otro lado, cuando reconocemos que el mayoritario grupo de los desaventajados lo es, entre otras razones, por su vulnerabilidad frente al crimen; por la desprotección a la que los condena el Estado; además de por el indebido modo en que se los juzga, queda más en claro que la preocupación por los modos en que se ejerce la coerción penal implica una preocupación especial por la suerte de las víctimas habituales del crimen.

Conviene llamar la atención, por lo demás, sobre la sugerencia -implícita en la formulación bajo examen- conforme a la cual el respeto de los derechos de las víctimas *requiere* de la utilización de la coerción penal (tal como hoy se la utiliza) contra quienes los hayan ofendido. Este reclamo debe ser rechazado enfáticamente. Tomar en serio los derechos de las víctimas (i.e., las víctimas de un crimen violento), puede requerir

escucharlas y brindarles atención durante un proceso judicial; la apertura de centros de ayuda y contención para los ofendidos; puede implicar el otorgamiento de subsidios económicos y apoyos estatales específicos; puede hacer un llamado sobre el afecto y solidaridad de todos los demás hacia ellos –y un llamado especial para quienes están más próximos de las víctimas. Sin embargo, en qué sentido nuestro respeto hacia tales víctimas *necesita* de que concluyamos nuestra intervención con condenas penales? El nuestro no es ni debe ser un sistema jurídico que se alimente de la venganza.

Alguien podría decir, frente a lo anterior, que las condenas a los delincuentes son necesarias para asegurar la protección de futuras víctimas del delito. Sin embargo, dicha afirmación mantiene los problemas de las anteriores. Ello, entre otras razones, porque tales crímenes futuros pueden evitarse de muchos otros modos. Por ejemplo, tales crímenes podrían disminuirse asegurando un resguardo especial –un resguardo que hoy se omite- en defensa de los individuos, grupos y zonas más vulnerables de la sociedad; a la vez que una mayor protección social a aquellos a quienes hoy se les deniegan sus derechos sociales más básicos.

*La responsabilidad penal.* Importa la discusión anterior la defensa de un criterio según el cual los marginados sociales ya no debieran ser considerados penalmente responsables de sus crímenes, dado el tipo de padecimientos que han sufrido –según se alega- a manos del Estado? La respuesta breve frente a tal interrogante es que no. Existe, al respecto, una discusión larga y no demasiado alentadora, que ha llevado adelante parte de la doctrina penal. En el ámbito anglosajón, el debate se vio subrepticamente impulsado luego de un fallo de mediados del siglo anterior, en donde –de modo inesperado- un juez puso en cuestión la posibilidad de responsabilizar a un acusado de crímenes horrendos, a resultas

del origen social tan trágico (“rotten social background”) del que provenía. Se trataba del juez Bazelon, y el caso en cuestión era uno que involucraba un doble asesinato cometido por un individuo negro, absolutamente desposeído, a quien le gritaron insultos racistas en la entrada de un bar.<sup>22</sup> El juez, frente al caso concreto, se inclinó por adoptar una principio de irresponsabilidad muy amplio, que incluyera no sólo la discapacidad mental, sino también los efectos de situaciones de desventaja social extremas (adopting an ample irresponsibility defense, including both mental abnormality and the effects of extreme disadvantage). En su sentencia, y también en algunos escritos que la siguieron, Bazelon llamó la atención sobre la importancia de tomar en cuenta las condiciones socio-económicas del acusado. Y, además, se refirió a la conexión que encontraba entre crímenes violentos y la distribución de la riqueza. En sus palabras “existe una conexión causal significativa entre el crimen violento y un origen social de extrema pobreza” (“a significant causal link between violent crime and rotten social background”). Es por ello que propuso la adopción de medidas redistributivas (a favor de aquellos que no recibían su parte correspondiente en la distribución económica), a la vez de que sostuvo el valor de una defensa basada en ese origen social. Bazelon recibió entonces sólo unos pocos respaldos, en medio de críticas numerosas y filosas (Bazelon 1976, 1976b, Delgado 1985, Green 2009, Hudson 1995, 1995 Moore 1985, Morse 1976, 1976b, 2000, Tonry 1995).

---

<sup>22</sup> In 1973, and through his famous dissenting opinion in *United States v. Alexander* (471 F. 2nd. 923, 957’65 (D.C. Cir. 1973, Bazelon, C.J., dissenting) Judge Bazelon, from the D.C. Circuit Court of Appeals, suggested the possibility that extreme poverty might give rise a defense for the accused. Notably, in that opinion Judge Bazelon took into consideration the defendant’s “rotten social background” and maintained that the trial judge failed in instructing the jury to disregard the testimony about defendant’s social and economic background. The case involved two black defendants who murdered two white victims, one of them had shouted to one of them “black bastard.” One of the accused reported, in his defense, that he had grown up in conditions of extreme poverty and that he was subjected to racist treatment, learning to fear and hate white people. The psychiatrist supported this view, saying that the offender suffered from an “emotional illness” (Delgado 1985). He also affirmed that the defendant “was denied any meaningful choice when the racial insult triggered the explosion in the restaurant.”

Entre los defensores y continuadores de la postura de Bazelon destaca el trabajo de Richard Delgado, quien investigó sobre qué crímenes es que podía aplicarse una defensa como la sugerida por Bazelon. Él exploró, además, que opciones podían quedar al alcance del juez, en esos casos. De todos modos, y a pesar de escritos como los de Delgado, las objeciones recibidas por la presentación del juez se multiplicaron. Entre ellas, destacan las que presentara el reconocido teórico penal Michael Moore. Para éste último, enfoques como el propuesto por Bazelon implicaban tratar a los miembros de los sectores desaventajados como “menos que humanos” (“as less than human,” Moore 1985). Para Moore, por lo demás, dicha mirada sobre los desaventajados implica habitualmente “elitismo y condescendencia.”<sup>23</sup>

La discusión anterior, según entiendo, ha quedado encallada en un lugar de difícil salida. Las respuestas al problema planteado, por lo demás, prometen no ser nunca satisfactorias, al mismo tiempo, para las dos partes en disputa. En parte por ello, he preferido dejar entre paréntesis la cuestión de la responsabilidad penal de los pobres. Ocurre que el análisis que aquí se presenta no es dependiente de una previa respuesta a esta compleja cuestión. Como dijera Antony Duff, uno no necesita negar la responsabilidad de los marginados por los crímenes que cometen, para insistir con la misma pregunta frente al Estado: “Quién es Ud. para reprocharme algo?”

---

<sup>23</sup> Michael Tonry objeta la idea de Moore conforme a la cual el derecho no debería tener en cuenta la simpatía que podemos sentir por aquellos criminales cuyo crimen fue causado por factores tales como la adversidad social o el abuso psicológico durante la infancia. Para Tonry, estas consideraciones de Moore sobre las desventajas sociales son contradictorias con lo que Moore ha escrito, en general, sobre el castigo. Para él, “parece inconsistente el hecho de que esté preparado para confiar en las intuiciones punitivas, e invocarlas como bases para sus argumentos sobre la justicia de los esquemas retributivistas penales, mientras que desconfía de las intuiciones de simpatía y las rechaza como base para argumentos sobre la justicia de los esquemas punitivos basados en la empatía” (Tonry 1995, 143). “It seems inconsistent that he is prepared to trust punitive intuitions, and to invoke them as a basis for arguments about the justness of retributive punishment schemes, while distrusting sympathetic intuitions and rejecting them as the basis for arguments about the justness of empathetic punishment schemes.”

En algunas ocasiones, alguien podrá seguir ensayando, en defensa de los más postergados, alguna defensa afirmando que sus acciones pueden ser en parte *excusadas* como consecuencia de la "coacción propia de las circunstancias, por ejemplo, o la falta de oportunidades para adquirir artículos normalmente disponibles por medios no criminales;" o aún (*parcialmente*) *justificadas*, si el crimen puede ser visto como una manera de remediar la injusticia (Duff 2004, 258) <sup>24</sup>. En su importante trabajo *Malign Neglect*, Michael Tonry explora esta línea de reflexión, para sostener que los jueces deben, en todo caso, introducir mitigaciones al momento de pronunciar su sentencia, y no al de definir la culpabilidad del ofensor. De ese modo, podrían dar una cabida apropiada a sus preocupaciones por las circunstancias que llevaron al ofensor a cometer el crimen - rechazando, de este modo, la idea tradicional de "merecimiento justo," y al mismo tiempo sin necesidad de iniciar reflexiones sobre la (no) responsabilidad penal de los desaventajados (Tonry 1995, 127; McCoy 604).

Sin embargo, el punto que me interesa afirmar es 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, y reflexionar sobre los límites posibles de la responsabilidad penal de los más desaventajados (discusión que, como viéramos, presenta extraordinarias complicaciones). En esas situaciones debe determinarse, también, y de modo significativo, si quienes juzgan tienen o carecen de el "*standing* legal o moral" para juzgar al delincuente. La pregunta, en términos más generales, debe ser si nosotros, como miembros del sistema de gobierno que hoy debe decidir en este caso, "no hemos tratado al delincuente como a un ciudadano. Las dramáticas condiciones sociales que afectaron el derecho de alguien de vivir una vida decente, no necesariamente exculpan al delincuente,

---

<sup>24</sup> Sobre la diferencia entre la justificación y las excusas, ver Fletcher (1978).

pero pueden condicionar la posición del Estado para condenarlo.”<sup>25</sup>. 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" (1986, 229 Duff)<sup>26</sup>.

*La cuestión de la transición: Impunidad para todos los crímenes?*. Otro tema importante, siempre presente cuando se tratan cuestiones como las que aquí tratamos, tiene que ver con el “mientras tanto,” es decir, con la pregunta de la transición. El crítico sugiere entonces que reconoce aspectos centrales de argumentaciones como las que hemos presentado pero que, sin embargo, necesita saber qué es lo que vamos a hacer en el tránsito “de aquí hacia allí,” de la actualidad de la injusticia penal, y hasta el momento en que lleguemos a un estadio de justicia social más plena. Es que vamos a dejar libres a todos los que están detenidos? Es que no vamos a perseguir más a ningún criminal, a ningún crimen? Y ni siquiera a los crímenes cometidos por los más ricos?

En parte, mi respuesta sigue a la que diera Antony Duff en su libro *Punishment, Communication and Community*. Allí, el profesor Duff da cuenta de que, tiempo atrás, él aceptaba la sugerencia según la cual debía suspenderse el recurso a una teoría tan exigente (sobre las precondiciones de la responsabilidad penal), hasta tanto no estuviéramos más cerca de satisfacer tales condiciones. Ello así, por ser una teoría “demasiado alejada de la vida humana como para servir de guía o finalidad para nuestras

---

<sup>25</sup> Hay una discusión importante aquí, respecto a si estas justificaciones o excusas cubren solamente a aquellos más directamente ofendidos por el Estado, o también aquellos que actúan en su nombre, afirmando (razonablemente) que también se consideran ofendidos por la actitud irrespetuosa del Estado.

<sup>26</sup> Para desarrollar su opinión sobre el tema, Duff utiliza el concepto de "Desestimación". La idea es que hay algunos "trial-barring plea" ("declaración juicio – prohibir"), de acuerdo con el cuál, "la conducta previa del acusado limita la capacidad legal para poder juzgarlo" (Ibíd..., El 250). Este concepto ha sido usado dentro del Derecho Civil con el fin de impedir ciertas demandas (Ejemplo: Si prometiera a mi inquilino que no le exigiré pagarme el alquiler entero que me debe, entonces terminaría el derecho de demandarlo por el alquiler completo). Duff trata de trasladar este concepto al área del Derecho Penal.

propias prácticas” (Duff 2001, 198). Sin embargo, en el libro citado, Duff opta por no dar ese paso y mantenerse en la defensa de una teoría exigente. Las razones de este cambio de postura son varias, incluyendo su convicción de que “cualquier teoría plausible sobre el castigo debe reconocer que su legitimidad se encuentra seriamente afectada por la no satisfacción [de requerimientos básicos] que es propia de nuestras sociedades” (ibid.).

En lo personal, agregaría a dichas razones algunas otras. i) Ante todo, la generalizada actitud de autorizar el ejercicio del poder punitivo estatal en condiciones de extrema desigualdad no es, como sus defensores podrían sugerir, una manera de “preservar el respeto de los derechos, a pesar de que exista un contexto injusto.” Por el contrario, y por razones como las señaladas más arriba, en tales contextos, el ejercicio del poder punitivo tiende a ser siempre arbitrario, sesgado, inaceptablemente selectivo – selectivo de maneras tales que la fuerza se ejerce solamente sobre los más débiles. Debemos ser conscientes, entonces, que frente al grupo de los más vulnerables, la *continuidad* de ese ejercicio híper-sesgado del poder punitivo es una causa crucial en la *preservación* de una situación violatoria de derechos. ii) En segundo lugar, no debemos perder tampoco de vista que, en la práctica, el sistema penal tiende a castigar un porcentaje ínfimo de los crímenes que se cometen en la sociedad. Es decir, no es cierto que con la resistencia al poder punitivo que aconsejamos, vaya a cambiar radicalmente la situación actual, en cuanto a los crímenes que son castigados: más del 90 o 95 por ciento de los crímenes producidos quedan hoy –y seguirán quedando, con el esquema propuesto- impunes. iii) En tercer lugar, tampoco debe olvidarse que nuestra crítica a los modos en que se ejerce la justicia penal no pretende extenderse inmediatamente a otras áreas del actuar estatal. Como sostuviéramos ya, la gravedad de la violencia que se ejerce en el área penal amerita una revisión crítica más urgente y por separado. Es dable pensar,

por caso, que el Estado podría seguir ejerciendo, en estos contextos, tareas preventivas y de protección básicas sobre la integridad personal, en tren de asegurar (lo que, por caso, John Rawls denominara) los “deberes naturales” de cada uno, de respeto hacia los demás.

Llegados hasta aquí, y antes de concluir, quisiera abordar directamente la difícil pregunta acerca de las preocupantes implicaciones del análisis propuesto: Es que se propone aquí que todos los crímenes que vayan a producirse queden impunes?

Dicha pregunta tiene dos partes que merecen abordarse por separado: una referida a la idea de “todos los crímenes,” y la otra vinculada con el tema de la “impunidad.” La primera cuestión es relevante dado que, para muchos, un análisis como el propuesto debiera circunscribirse sólo a los delitos cometidos a causa de una injusticia social. Un primer problema relacionado con dicha proposición es que es muy difícil determinar cuándo es que un delito tiene un origen social, y cuándo no. La desigualdad extrema e injusta es condición esencial para que individuos desesperados se involucren en actividades también extremas y violentas, asumiendo riesgos que en otro contexto se negarían a asumir: quienes viven en condiciones de desesperación suelen sentir que ya no tienen nada más que perder. Por ello, resultaría arbitraria la pretensión de delimitar un círculo de “delitos estrictamente sociales,” como eje de nuestro análisis.

Pero entonces, el análisis arriba propuesto implica dejar impunes aún los crímenes más horrendos? Lo primero que debiera decirse, frente una pregunta de este tipo, es que la misma resulta algo tramposa. La conclusión de este estudio no sugiere la impunidad de ningún grupo. Ella trata de un principio más general, según el cual un Estado indecente no puede invocar autoridad para ejercer legítimamente la coerción penal. Más aún, y

contra lo que aquella pregunta sugiere, aquí sostuve, polémicamente, que debiéramos “darle luz verde” a (ciertas formas de) dicho poder coercitivo, si el Estado nos demostrase su clara disposición a dejar de lado su comportamiento indecente.<sup>27</sup> Para decirlo de otro modo, un Estado decente está en todo su derecho de reprochar ciertas conductas que, colectivamente, se consideren inaceptables.<sup>28</sup>

Finalmente: se justificaría que el Estado continúe usando la coacción si reservara la coerción sólo ejercerla frente a “crímenes de cuello blanco”? El ejemplo tiene mucho de fantasioso, dado que en contextos como los descritos, no es en absoluto esperable este cambio de actitud de parte del Estado. Sin embargo, la hipótesis merece considerarse como tal. Tal vez, éste sería un modo que el Estado podría utilizar para demostrar -ante todos, pero especialmente ante aquellos a quienes ha destrutado durante años- su disposición a actuar de un modo diferente, más justificado. Sin negar por completo dicha posibilidad, señalaría sin embargo algunas reservas al respecto. En primer lugar, no se aboga aquí por el ejercicio de una justicia penal clasista -una justicia penal que alcance a los ricos y no a los pobres, digamos. Se aboga, más bien, por un ejercicio más justificado de la coerción. En segundo lugar, debería quedar en claro que la justificación de la coerción no implica, necesariamente, un aval para el castigo y la imposición del dolor, tal como lo conocemos. Tal vez, la pena entendida de ese modo nunca se justifique (aunque el tema excede los límites de este trabajo). Finalmente, diría –contra lo que la hipótesis bajo análisis sugiere- que la posibilidad de un ejercicio de la coerción diferente (no indebidamente sesgado hacia los más desaventajados) resultará siempre, previsiblemente,

---

<sup>27</sup> Por supuesto, quienes pretenden preservar la autoridad de un Estado indecente para seguir ejerciendo la violencia se verán inclinados a adoptar estándares muy ligeros sobre cuándo es que puede considerarse que el Estado ha comenzado a modificar su conducta, en dirección hacia comportamientos más decentes. Contra dicha actitud, y por el momento, me conformaría con proponer la adopción de criterios no triviales sobre qué significa “dejar de ser” un Estado indecente.

<sup>28</sup> Me interesa dejar en claro, en este punto, las ideas de “reproche” y “castigo,” definido este último como lo hiciera más arriba, es decir, como imposición deliberada de dolor.

socavado, mientras se mantengan las estructuras judiciales, burocráticas, policiales, que hoy existen. Por sus tradiciones, por el modo de su composición, por su falta de responsabilidad pública, tales instituciones tienden a trabajar hoy en los modos conocidos. Por todo ello, es esperable que el derecho siga mostrando sus injustificables contornos actuales, en la medida en que su creación, aplicación e interpretación sigan apoyándose en las estructuras sobre las que hoy se apoyan.

La conclusión a la que llegamos nos dice que un Estado indecente no se encuentra justificado para ejercer la coerción penal. Puede decirse lo mismo en relación con formas alternativas de resolución de conflictos penales, más respetuosas de los derechos de las personas involucradas (i.e., formas más propias de la justicia restaurativa; o más vinculadas con acercamientos “dialógicos” al reproche penal)? La respuesta a este interrogante excede los límites de este trabajo, que pretendió concentrarse en una serie de casos especialmente complejos y, también, evidentes en cuanto a sus riesgos –los relacionados con la imposición deliberada de dolor. En principio, no es nada obvio que las mismas conclusiones puedan extenderse, sin más, al análisis de otros tipos de respuesta frente al crimen. Sólo diría, al respecto, que nunca debiéramos perder de vista el hecho de que, en sociedades injustamente desiguales, los riesgos de una intervención estatal sesgada son demasiado altos; y las posibilidades de llevar adelante un juicio justo, demasiado bajas.

Por supuesto, el tránsito por estas zonas difíciles del derecho torna muy compleja la tarea de todos los miembros de la comunidad jurídica: hasta dónde actuar justificadamente? Qué es lo mejor que podemos hacer, en situaciones tan complicadas como las descritas, para no caer en acciones u omisiones indebidas? Nadie niega la

importancia y gravedad de este tipo de interrogantes. Sin embargo, no debemos utilizar estas dificultades –como habitualmente ocurre- como excusa para seguir justificando o avalando lo inaceptable. La presencia de casos muy difíciles nos da razones para acercarnos a ellos más crítica y detenidamente y no, en cambio, para seguir actuando de formas injustificadas, dada la complejidad de los problemas planteados por esos casos difíciles.

---

## BIBLIOGRAFIA

Alschuler, A. (1991), "The Failure of Sentencing Guidelines: A Plea for Less Aggregation," *The University of Chicago Law Review*, vol. 58, n. 3 (summer), 901-951.

Ashworth, A. (1991), *Principles of Criminal Law*, Oxford: Criminal Law.

Bazelon, D. (1976) "The Morality of the Criminal Law," *Southern California Law Review* 49, 385-405.

Bazelon, D. (1976b) "The Morality of the Criminal Law: A Rejoinder to Professor Morse," *Southern California Law Review* 49, 1269.

Bazelon, D. (1988), *Questioning Authority: Justice and the Criminal Law*, New York: Alfred Knopf.

Bedau, H. (1991), "Punitive Violence and Its Alternatives," in J. Brady and N. Garver, eds., *Justice, Law, and Violence*, Philadelphia: Temple University Press, pp. 193-209.

Bottoms, A.(1995) "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing," in C.

- Braithwaite, J. & Pettit, P. (1990), *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press.
- Clarkson and R. Morgan (eds) *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford: Clarendon Press.
- Carlen, P. (1989), "Crime, Inequality and Sentencing," in R. Duff and D. Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford: Oxford University Press, 306-32.
- Carlen, P. (1992) "Criminal women and criminal justice: the limits to, and potential of, feminist and left realist perspectives," in R. Matthews and J. Young (eds), *Issues in Realist Criminology*, London: Sage.
- de Greiff, P. (2002) Deliberative Democracy and Punishment *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, n. 2, 373-403.
- Delgado, R. (1985), "Rotten Social Background: Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?" *Law and Inequality*, 3, 9-90.
- Duff, A. (1986), *Trials and Punishments*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Duff, A. (1998), "Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability," 18 *Oxford Journal of Legal Studies* 189-206.
- Duff, A. (2001), *Punishment, Communication, and Community*, Oxford: Oxford University Press.
- Duff, A. (2004), "I Might be Guilty, But You Can't Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial," 1 *Ohio St. J. Crim. L.* 245.
- Duff, A. (2008), "Authority and Responsibility in International Criminal Law," to appear in S. Besson and J. Tasioulas, eds., *Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Duff, A. & Garland, D. (1994) *A Reader on Punishment*, Oxford: Oxford University Press.

- Duff, R. A., and S. Marshall (1996), *Penal Theory and Practice*, Manchester, U.K.: Manchester University Press.
- Dworkin, R. (2006), *Justice in Robes*, London: Belknap Press.
- Dworkin, R. (1997), *Freedom's Law*, Cambridge: Harvard University Press.
- Elster, J. (1986), "The Market and the Forum," in J. Elster. and A. Hylland, eds. (1986), *Foundations of Social Choice Theory* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Elster, J. (1998), *Deliberative Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Ely, J. (1981), "Democracy and the Right to be different," 56 *N.Y.U. Law Review*, 397-405, part. n. 5.
- Ely, J. (1991), *Democracy and Distrust*, Cambridge: Harvard University Press.
- Fabre, C. (2000), *Social rights under the Constitution. Government and the Decent life*, Oxford University Press, Oxford.
- Ferrajoli, L. (1997), *Derecho y razón*, Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008), *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta.
- Gargarella, R. (2008), *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá: Siglo del Hombre.
- Gargarella, R. (2010), "Cuatro temas y cuatro problemas en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli," *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, n. 2, febrero, 199-207.
- Gewirth, A. (1978), *Reason and Morality*, Chicago: Chicago University Press.
- Green, S. (2009), "Hard Times, Hard Time: Retributive Justice for Unjustly Disadvantaged Offenders," Manuscript available at <http://ssm.com/abstract=1511732>
- Habermas, J. (1996), *Between Facts and Norms*; Cambridge: MIT Press.
- 
- Hart, H. (1968), *Punishment and Responsibility*, Oxford: Oxford University Press.

- Heffernan, W.(2000), "Social Justice/Criminal Justice," in W. Heffernan and J. Kleinig eds., *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Heffernan, W.; Kleinig, J. (2000), *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Honderich, T. (1985), "'Punishment, the New Retributivism, and Political Philosophy,'" in P. Griffiths ed., *Philosophy and Practice*.
- Houtzager, P. (2007), "El movimiento de los sin tierra, el campo jurídico, y el cambio social en Brasil," in B. Santos and C. Rodríguez Garavito, *El Derecho y la Globalización desde Abajo*, Barcelona: Anthropos.
- Hudson, B. (1993), "Racism and Criminology: Concepts and Controversies," in D. Cook and B. Hudson, eds., *Racism and Criminology*, London: Sage.
- Hudson, B. (1995), "Beyond Proportionate Punishment: Difficult Cases and the 1991 Criminal Justice Act," *Crime, Law and Social Change* 22, 59-78.
- Lacey, N. (1988), *State Punishment*, London: Routledge.
- Lacey, N; Zedner, L. (1995), "Discourses of Community in Criminal Justice," *Journal of Law and Society*, vol. 22, n. 3, 301-325.
- Lacey, N. (2001) "Social Policy, Civil Society and the Institutions of Criminal Justice," *Australian Journal of Legal Philosophy*, 26, 7-25.
- McCoy, C. (1997), "Sentencing (and) the Underclass," *Law and Society Review*, vol. 31, n. 3, 589-612.
- Michelman, F. (1979), "Welfare Rights in a Constitutional Democracy," *Washington U. Law Quarterly*, 659–693.
- Moore, M. (1985), "Causation and the Excuses," *California Law Review* 73, 1985.

- Morse, S. (1976), "The Twilight of Welfare Criminology: A Reply to Judge Bazelon," *Southern California Law Review*, 49, 1247.
- Morse, S. (1976b), "The Twilight of Welfare Criminology: A Final Word," *Southern California Law Review*, 49, 1275.
- Murphy, J. (1973), "Marxism and Retribution," *Philosophy and Public Affairs* 2, 217-43.
- Nino, C. (1973), *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*, Conn.: Yale U.P.
- Pettit, P. (1997b), *Republicanism*, Oxford: Oxford University Press.
- Posner, E., Vermeule, A. (2007), *Terror in the Balance*, Oxford: Oxford University Press.
- Rawls, J. (1955), "Two Concepts of Rules," *The Philosophical Review* 64 (1), 3-32.
- Rawls, J. (1971), *A Theory of Justice*, Harvard: Cambridge University Press.
- Rawls, J. (1991), *Political Liberalism*, New York: Colombia University Press.
- Reiman, J. (2007, 8<sup>th</sup> edition), *The Rich Get Richer and the Poor Get Prison*, Boston: Library of Congress.
- Roberts, J. et al (2003), *Penal Populism and Public Opinion*, Oxford: Oxford University Press.
- Ryan, M. (1999), "Penal Policy Making Towards the Millennium: Elites and Populists; New Labor and the New Criminology," *International Journal of the Sociology of Law* 27, 1-22.
- Sadurski, W. (1985), "Justice and the Theory of Punishment," 5 *Oxford Journal of Legal Studies* 47.
- Sadurski, W. (1989), "Theory of Punishment, Social Justice and Liberal Neutrality," *Law and Philosophy* 7, 351-3.
- Scanlon, T. (2007), "When Does Equality Matter?," manuscript originally presented at the John Kennedy School of Government, Harvard University.

- Simmons, J. (1996), "Associative Political Obligations," *Ethics*, vol. 106, n. 2, 247-273.
- Sunstein, C. (1985), 'Interest Groups in American Public Law', *Stanford Law Review*, Vol. 38, pp. 29-87.
- Sunstein, C. (2001), *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge: Harvard University Press.
- Sunstein, C. (2002), *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford: Oxford University Press.
- Thayer, J. (1893), "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law," *Harvard Law Review* 7, 129, 151-56.
- Thompson, D. (1999). 'Democratic Theory and Global Society', *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 7(2), pp. 111-125.
- Tonry, M. (1994), "Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishments," in R. A. Duff and D. Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford: Oxford University Press.
- Tonry, M. (1995), *Malign Neglect. Race, Crime, and Punishment*, New York: Oxford University Press.
- Tullock, G., Buchanan, J., Kershaw Rowley, C. (2004), *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Indiana: Liberty Fund.
- Tushnet, M. (2000), *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press.
- Von Hirsch, A. (1976), *Doing Justice*, New York: Hill and Wang.
- Von Hirsch, A. (1998), "Penal Theories," in M. Tonry ed., *The Handbook of Crime and Punishment*, New York: Oxford University Press, 659-682.
- Waldron, J. (1993), *Liberal Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Waldron, J. (1999), *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press.

Waldron, J. (2000), "Why Indigency is Not a Justification," in W. Heffernan and J. Kleinig eds., *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.

Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.

Waldron, J. (2000), "Why Indigence is Not a Justification," in W. Heffernan and J. Kleinig eds., *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.

Yrigoyen Fajardo, R. (2004), "Legal Pluralism, Indigenous Law and the Special Jurisdiction in the Andean Countries", en *Beyond Law, Informal Justice and Legal Pluralism in the Global South* Vol. 10, Issue # 27, 2004. [www.alertanet.org/ryf-legalpluralism-BL27.pdf](http://www.alertanet.org/ryf-legalpluralism-BL27.pdf)

Yrigoyen Fajardo, R. (2003), "El derecho indígena en los países andinos: ¿Mecanismos alternativos o jurisdicción propia?", en *Revista CREA: Nro 4*. Temuco: Centro de Resolución alternativa de conflictos CREA, Universidad Católica de Temuco.

Zaffaroni, R. (2003), *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, R. (2006), *El enemigo del derecho penal*, Ediar, Buenos Aires.

---