

GUSTAVO A. BEADE  
FERNANDO BRACACCINI,  
SANTIAGO MOLLIS  
(EDS.)

# CASTIGO, PROCESO Y TEORÍA POLÍTICA

## Autores

Gustavo A. Beade  
Fernando Bracaccini  
Flavia Carbonell Bellolio  
E. Matías Díaz  
Roberto Gargarella  
Paz Irarrázabal

Rocío Lorca Ferreccio  
Michelle Madden Dempsey  
Santiago Mollis  
Carla Sepúlveda  
Jonatan Valenzuela Saldías  
Gideon Yaffe

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2023

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	11
<b>DEMOCRACIA, GÉNERO Y VALIDEZ DE LAS NORMAS PENALES,</b> <i>por Roberto Gargarella</i> .....	21
1. AUTONOMÍA INDIVIDUAL, AUTOGOBIERNO COLECTIVO .....	21
2. AUTONOMÍA Y AUTOGOBIERNO EN LA HISTORIA LATI- NOAMERICANA.....	22
3. UNA DEMOCRACIA BASADA EN EL DIÁLOGO.....	23
4. DEMOCRACIA Y GÉNERO.....	25
5. VALIDEZ Y AUTORIDAD DEL DERECHO .....	26
6. LA DEMOCRACIA EN LA CUSTODIA DE LOS DERECHOS ...	31
7. EL «HECHO DE LA DEMOCRACIA» Y LA CRISIS DEL DERE- CHO .....	33
<b>¿CUÁL ES EL PROBLEMA CON LA IMPUNIDAD?UNA APROXI- MACIÓN NO PUNITIVISTA,</b> <i>por Rocío Lorca Ferreccio</i> .....	37
1. INTRODUCCIÓN.....	37
2. IMPUNIDAD EN UN SENTIDO DÉBIL.....	38
3. UNA CONCEPCIÓN FUERTE DE IMPUNIDAD .....	42
4. LA IMPUNIDAD EN SENTIDO FUERTE Y EL ROL DEL DE- RECHO PENAL.....	45
5. CONCLUSIÓN.....	47
<b>EL CASTIGO DE NO CIUDADANOS,</b> <i>por Gideon Yaffe</i> .....	49
1. INTRODUCCIÓN.....	49
2. MERECEIMIENTO MORAL Y CIUDADANÍA.....	54
3. LA CIUDADANÍA Y EL ORDEN CIVIL.....	57
4. TENER UN RECLAMO QUE NO SE TE PERMITE EFECTUAR	62
5. CONCLUSIÓN.....	69
<b>CRIMINALIZACIÓN DEL DESORDEN URBANO Y DESCONFIAN- ZA: IGUALDAD COMO FUNDAMENTO PARA LA PRESUN- CIÓN DE RESPETABILIDAD EN POLICÍA PREVENTIVA,</b> <i>por</i> <i>Paz Irarrázabal González</i> .....	73
1. INTRODUCCIÓN.....	73
2. IGUALDAD Y CONTROL POLICIAL.....	76

	Pág.
2.1. Igualdad de estatus en las relaciones sociales .....	76
2.2. Sentido expresivo del control del orden urbano .....	79
3. MEDIDAS POLICIALES PREVENTIVAS.....	81
3.1. Control de identidad .....	82
3.2. Vigilancia de incivildades .....	86
4. DESCONFIANZA INSTITUCIONALIZADA .....	89
4.1. Peligrosidad y Estado policial .....	89
4.2. Igualdad y principio de confianza .....	91
5. CONCLUSIÓN.....	95
<b>LA AUTORIDAD MORAL DEL ESTADO PARA CASTIGAR: UNA PREGUNTA QUE SIGUE BUSCANDO RESPUESTAS, por Fernando Braccacini.....</b>	<b>97</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	97
2. CASTIGO, REPROCHE MORAL, Y JUSTIFICACIÓN.....	98
3. EL ENFOQUE CONSECUCIONALISTA .....	104
4. EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES ESTATALES .....	108
5. EL ENFOQUE DE LA AUTORIDAD BÁSICA DEL ESTADO ...	111
6. EL ENFOQUE RELACIONAL .....	117
7. CONCLUSIÓN.....	124
<b>EL «GIRO PREVENTIVO» Y SUS FUNDAMENTOS POLÍTICO-FILOSÓFICOS:EL POSTLIBERALISMO Y EL DERECHO PENAL, por Carla Sepúlveda .....</b>	<b>127</b>
1. EL LIBERALISMO EN EL DERECHO PENAL .....	128
2. EL GIRO PREVENTIVO .....	132
2.1. Uso de delitos preparatorios, incipientes ( <i>inchoate</i> ) y pre-incipientes ( <i>pre-inchoate</i> ).....	134
2.2. Delitos de tenencia y posesión .....	136
2.3. Delitos de creación de peligro de la integridad física.....	137
2.4. Introducción de sujetos vulnerables .....	138
2.5. Uso de normas de conducta individualizadas o localizadas y conducta antisocial .....	140
3. UNA LECTURA DEL GIRO PREVENTIVO DESDE LA TEORÍA POLÍTICA.....	142
3.1. Interpretaciones del giro preventivo desde la teoría política....	142
3.2. ¿Un giro del liberalismo mismo o fuera de él? .....	145
4. CONCEPCIONES PREDOMINANTES Y CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO PENAL EN DIÁLOGO CON ELLAS.....	151
5. CONCLUSIONES .....	154
<b>DEFINICIONES EN TORNO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN UN SISTEMA PENAL LIBERAL-COMUNITARIO, por E. Matías Díaz.....</b>	<b>155</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	155

	Pág.
2. LO LIBERAL Y LO COMUNITARIO EN LA REPRESENTACIÓN DEL MODELO PROCESAL DUFFIANO.....	156
3. ¿CONVOCATORIA DEL CIUDADANO A DAR CUENTA DE SUS ACTOS O A PROBAR SU INOCENCIA?.....	159
3.1. Las cargas probatorias y las defensas en el juicio .....	161
3.2. Las presunciones legales y la inversión de la carga de la prueba.....	169
4. CONCLUSIONES .....	173
<b>CONOCER Y CENSURAR: CONSIDERACIONES SOBRE LOS FUNDAMENTOS EPISTÉMICOS Y AXIOLÓGICOS DEL PROCESO PENAL, por Flavia Carbonell Bellolio y Jonatan Valenzuela Saldías .....</b>	<b>177</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	177
2. LA DIMENSIÓN MORAL DEL DELITO Y DE LA PENA .....	181
3. LA MORAL DEL PROCESO PENAL: CONSTRUIR A PARTIR DE UN ATAQUE .....	183
4. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA DE ARGUMENTO MORAL QUE RECONOZCA AL MAL COMO PARTE DE LA REGLA DE ESTÁNDAR DE PRUEBA .....	186
<b>UNA RESPUESTA ORIENTADA A LAS VÍCTIMAS, por Santiago Mollis</b>	<b>191</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	191
2. ¿QUÉ QUIEREN LAS VÍCTIMAS? .....	194
2.1. La narrativa punitiva.....	194
2.2. En búsqueda de reconocimiento.....	197
3. REPUBLICANISMO, DERECHO PENAL Y VÍCTIMAS.....	199
3.1. Una teoría republicana de la justicia penal.....	199
3.2. Una respuesta que prioriza el interés de las víctimas .....	202
4. VÍCTIMAS EN CONTROL. CRÍTICAS Y ALCANCES.....	207
5. REFLEXIONES FINALES .....	210
<b>LA VOZ DE LA COMUNIDAD POLÍTICA EN EL DERECHO PENAL: UN ENFOQUE LIBERAL REPUBLICANO, por Gustavo A. Beade....</b>	<b>213</b>
1. EL DERECHO PENAL COMO DERECHO PÚBLICO: UN BREVE ESBOZO .....	214
2. EL ROL DE LOS FISCALES EN EL MUNDO REAL .....	217
3. ENJUICIAMIENTO Y LLAMADO A RENDIR CUENTAS .....	220
4. DESPUÉS DEL JUICIO: ¿ARREPENTIMIENTO Y RECONCILIACIÓN? .....	224
5. CONCLUSIÓN.....	227
<b>LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES: HACIA UN ENFOQUE BASADO EN MÉRITOS DE LA SUFICIENCIA PROBATORIA, POR Michelle Madden Dempsey .....</b>	<b>229</b>
1. PREFACIO .....	229
2. EL ABANDONO DE LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA VIOLENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	232

	<u>Pág.</u>
3. DESMENUZANDO LA SUFICIENCIA PROBATORIA.....	236
4. HACIA UN ENFOQUE BASADO EN MÉRITOS DE LA SUFICIENCIA PROBATORIA EN CASOS DE VIOLACIÓN.....	239
5. PERSECUCIÓN PENAL COMO ACUSACIÓN.....	241
5.1. Acusación, no prohibición.....	241
5.2. Reproche, no reprobación.....	244
6. ¿CUÁN VALIOSA ES LA PERSECUCIÓN PENAL COMO REPROCHE EN CASOS DE VIOLACIÓN?.....	247
7. CONCLUSIÓN.....	251

## PRESENTACIÓN

Gustavo A. BEADE  
Fernando BRACACCINI  
Santiago MOLLIS

### LA INTERMITENTE RELACIÓN ENTRE LA TEORÍA POLÍTICA, EL DERECHO PENAL Y EL PROCESO PENAL

En el ámbito del derecho penal es posible encontrar preguntas fundamentales sin respuestas unánimes con mayor persistencia y preocupación que en otras áreas del derecho. Entre otras cuestiones, persisten preguntas acerca de la justificación del castigo, sobre qué tipo de comportamientos deben ser criminalizados, sobre cuáles son los fundamentos de las garantías procesales o cuál el diseño adecuado del proceso penal. La persistencia de estas preguntas viene acompañada de una preocupación considerable, dado que al hablar del derecho penal nos referimos a las reacciones más brutales de los Estados hacia las personas, dejando de lado los conflictos bélicos. Autores clásicos como Thomas Hobbes<sup>1</sup>, John Locke<sup>2</sup>, Immanuel Kant<sup>3</sup> o John Stuart Mill<sup>4</sup> han abordado este tipo de preguntas tanto desde la filosofía moral como desde la teoría política, como consecuencia de encontrarse en tela de discusión el ejercicio de la coerción estatal. Sin embargo, la mayor parte de la literatura penal del siglo XX se ha caracterizado por su desconexión con la teoría política y por un abordaje más asociado a la dogmática o a la filosofía moral. Esta desconexión ha sido mayor en el ámbito del

---

<sup>1</sup> T. HOBBS, *Leviathan*, Oxford, Clarendon Press, 1965, p. 238.

<sup>2</sup> J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, New York, Hafner Publishing Co., 1947, pp. 124-27.

<sup>3</sup> I. KANT, *The Metaphysics of Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 104-10.

<sup>4</sup> J. S. MILL, «An Introduction to the Principles of Morals and Legislation», en M. TONRY (ed.), *Why Punish? How Much?*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 51-70.

derecho penal que en el procesal penal, pues —con vaivenes y discontinuidades— los procesalistas se han embarcado en discusiones que, desde perspectivas históricas o constitucionales, involucraban consideraciones de tipo político. Por ejemplo, la discusión acerca del juicio por jurados y su conexión con el ideal de autogobierno colectivo<sup>5</sup>, o sobre las garantías procesales como limitadoras necesarias del poder de un Estado liberal. No obstante, aun en ese ámbito, la relevancia otorgada a la teoría política ha sido marginal, y en general se han pasado por alto importantes cuestionamientos a los modos de organización política asumidos por dichas teorías.

De tal forma, tanto en las discusiones acerca de derecho penal como de derecho procesal penal es posible identificar una deficiente integración entre cuestiones morales y políticas, especialmente en la literatura en español. Esto deviene crítico al advertir que en las sociedades contemporáneas es el Estado el encargado de castigar a quienes cometen delitos, lo cual exige necesariamente de una reflexión de tipo político, al menos para evaluar si dicha práctica puede ser reputada como un acto estatal válido. En otras palabras, además de preguntarnos si castigar es una práctica moralmente justificable, debemos preguntarnos si el Estado tiene autoridad para llevarla adelante. Como sugiere Jeffrie Murphy, bien podríamos concluir que el castigo y/o los juicios penales son moralmente permisibles pero que no son conductas que el Estado se encuentre autorizado a realizar, tal como ocurre con la educación religiosa<sup>6</sup>.

Si bien, como señalamos, el rol de la teoría política en las discusiones del derecho penal y procesal penal es marginal, encontramos contribuciones contemporáneas que tienden a la construcción de este necesario puente conceptual entre la teoría política y la filosofía moral, y que, pese a que dejan en evidencia que se trata de un campo poco explorado, también demuestran que este campo está en proceso de desarrollo, al menos, en la literatura en español.

Carlos Nino ha contribuido al desarrollo de los vínculos entre el ámbito penal y la teoría política a partir de su temprana teoría consensual del castigo<sup>7</sup>, que fue complementada años después por un trabajo acerca del origen democrático de las normas penales<sup>8</sup>. Más recientemente, Roberto Gargare-

---

<sup>5</sup> En este sentido, por ejemplo, Alexis de TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, trad. H. Reeve, New York, Adlard and Saunders, 1838. Más recientemente, A. W. DZUR, *Punishment, Participatory Democracy, and the Jury*, New York, Oxford University Press, 2012.

<sup>6</sup> J. MURPHY, «Does Kant have Theory of Punishment», *Columbia Law Review*, 1987, pp. 510-11.

<sup>7</sup> C.S. NINO, «Una Teoría Consensual de la pena» en *Fundamentos Filosóficos del Derecho Penal. Los Escritos de Carlos Nino*, Barcelona, Gedisa, 2007, pp. 116-132 (traducción del original *A Consensual Theory of Punishment* a cargo de G. HAYMES).

<sup>8</sup> C.S. NINO, «Derecho Penal y Democracia», en *Fundamentos Filosóficos del Derecho Penal. Los Escritos de Carlos Nino*, Barcelona, Gedisa, 2007, pp. 13-24 (traducción del original *Democracy and Criminal Law* a cargo de L. GUARDIA).

lla ha insistido en la necesidad de vincular las discusiones filosóficas sobre el derecho penal y la teoría política, en especial en lo que refiere a la teoría democrática. Entre otras cuestiones, este autor cuestiona al garantismo penal por limitarse al liberalismo clásico y dejar muy poco espacio para decisiones democráticas en asuntos penales<sup>9</sup>. Asimismo, Gargarella argumenta que es necesario establecer conexiones conceptuales entre la teoría democrática y el origen de las normas penales, la autoridad del Estado para castigar, la justificación del castigo y el tipo de conductas que pueden ser criminalizadas<sup>10</sup>.

Por otra parte, recientemente han aparecido traducciones que han contribuido decididamente al desarrollo de estos vínculos entre derecho penal y teoría política. Entre ellos debemos destacar el texto clásico de John Braithwaite y Philip Pettit, *Not Just Deserts* (1990) en el que ofrecen una teoría republicana del castigo y del juicio penal. De acuerdo con este trabajo el castigo constituye un medio para alcanzar el valor republicano de dominio, que se refiere al ejercicio igualitario de libertad y autodeterminación en una comunidad política<sup>11</sup>. También se ha publicado una compilación de textos de Antony Duff, quien en las últimas décadas ha elaborado un argumento de justificación del castigo y el juicio penal sobre la base de un modo particular de entender las comunidades políticas, las cuales se caracterizan, entre otras cosas, por la existencia de un conjunto de valores compartidos por sus miembros. Duff concibe al castigo y el juicio como dispositivos de comunicación entre quien comete un ilícito, la víctima y la comunidad, cuya intervención justifica en virtud de que los delitos constituyen violaciones de los valores comunitarios<sup>12</sup>. También han aparecido traducciones de trabajos editados y libros colectivos con trabajos traducidos donde hay textos importantes que vinculan estas cuestiones teóricas. Entre otros, artículos que indagan en el rol de las víctimas en los procesos penales<sup>13</sup>, el lugar del acu-

<sup>9</sup> R. GARGARELLA, «La tarea del juez y los límites del minimalismo penal. Castigo y exclusión en la teoría de Eugenio Zaffaroni»; «Jueces, Mayoritarismo y Castigo» y «Mayorías Democráticas y Derecho Penal», en *Castigar al Próximo. Por una Refundación Democrática del Derecho Penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

<sup>10</sup> R. GARGARELLA, «Cómo Tender Puentes entre el Derecho Penal y la Teoría Democrática. Cuatro Continuaciones Posibles para la Teoría de Carlos Nino», en *Castigar al Próximo. Por una Refundación Democrática del Derecho Penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, pp. 127-45. En un sentido similar, R. GARGARELLA, «Mano Dura contra el Castigo (II): Autogobierno y Comunidad», en *De la Injusticia Penal a la Justicial Social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008.

<sup>11</sup> J. BRAITHWAITE y P. PETTIT, *No Solo su Merecido. Por una Justicia Penal que vaya más allá del Castigo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015 (traducción del original *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1990 (traducción a cargo de E. ODRIOZOLA).

<sup>12</sup> R.A. DUFF, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015 (traducción a cargo de H. PONS y otros).

<sup>13</sup> S.E. MARSHALL, «Las víctimas del delito y sus deberes asociados» (traducción a cargo de A. CAVANA) y E. LARRAURI «Comentarios a Sandra Marshall», en G.A. BEADE y J.L. MARTÍ, (eds.), *Discusiones sobre la Filosofía del Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

sado en las teorías comunicativas del castigo<sup>14</sup>, cuestiones vinculadas con la importancia de considerar la teoría política para construir las bases del derecho penal<sup>15</sup> y también para fundamentar la responsabilidad del Estado en su creación<sup>16</sup>. Además, definiciones sobre el vínculo entre republicanismo y derecho penal<sup>17</sup> y una defensa del derecho penal como derecho público<sup>18</sup>. Algunos otros trabajos exploran los vínculos entre nuestros ordenamientos jurídico-penales, así como el contexto social, político, cultural y económico y su incidencia sobre las instituciones y prácticas penales imperantes en las sociedades contemporáneas<sup>19</sup>.

A su vez, la producción de textos en Latinoamérica, también se ha visto influida por las lecturas de muchos de estos trabajos originales, ahora traducidos. De este modo, han aparecido trabajos sobre pobreza y autoridad estatal para castigar<sup>20</sup>, sobre el rol del Estado al momento de imponer el castigo<sup>21</sup>, y algunos que van más allá e intentan vincular la dogmática penal con la teoría política<sup>22</sup>. Por otra parte, es cada vez más habitual la realización de *workshops*, seminarios y espacios en donde se discuten estos problemas<sup>23</sup>.

La situación es algo más alentadora en el ámbito procesal penal, aunque el déficit es aún considerable. Se ha identificado una relación entre el dere-

---

<sup>14</sup> K. BROWNLEE, «La parte del delincuente en el diálogo» (traducción a cargo de A. VARELA y J.L. MARTÍ, «Delincuentes, diálogo y proceso penal: comentarios al trabajo de Kimberley Brownlee», en G.A. BEADE y J.L. MARTÍ, (eds.), *Discusiones sobre la Filosofía del Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

<sup>15</sup> M. MATRAVERS, «Teoría política y derecho penal», en R.A. DUFF y S. GREEN (eds.), *Fundamentos Filosóficos del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2020 (traducción de R. ALCÁZER GUIRAO)

<sup>16</sup> A. RISTROPH, «Responsabilidad por el derecho penal», en R.A. DUFF y S. GREEN (eds.), *Fundamentos Filosóficos del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2020 (traducción de R. LORCA FERRECCIO).

<sup>17</sup> R. DAGGER, «El republicanismo y los fundamentos del derecho penal», en R.A. DUFF y S. GREEN (eds.), *Fundamentos Filosóficos del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2020 (traducción de R. LORCA FERRECCIO).

<sup>18</sup> M. THORBURN, «El derecho penal como derecho público», en R.A. DUFF y S. GREEN (eds.), *Fundamentos Filosóficos del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2020 (traducción de I. ORTIZ DE URBINA GIMENO)

<sup>19</sup> N. LACEY, *Estudios críticos sobre responsabilidad penal y política criminal comparada*, Madrid, Marcial Pons, 2021

<sup>20</sup> G.A. BEADE y R. LORCA, «¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social», 47 *Isonomía*, 2017, pp. 135-164.

<sup>21</sup> R. LORCA, «La presunción del castigo. Una revisión crítica de sus orígenes en el pensamiento de la modernidad temprana», en 8 *En Letra: Derecho Penal*, 2019 (traducción del original «The Presumption of Punishment: A Critical Review of its Early Modern Origins», 29 (2) *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2016).

<sup>22</sup> J. CIGÜELA, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

<sup>23</sup> Otro ejemplo de este creciente interés en debatir aspectos morales y políticos del Derecho penal en ámbitos académicos hispanohablantes puede encontrarse en F. BRACCINI y S. MOLLIS, (eds.), «Dossier: Discutir castigo y democracia», 16 *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2018.

cho procesal penal y las formas de organización política de la sociedad. A partir de los ideales iluministas del siglo XVII comenzó a concebirse la racionalización del poder estatal de castigar y la limitación de dicho poder con las constituciones y los derechos y garantías incorporados en ellas<sup>24</sup>. Desde este marco conceptual liberal, se analiza el conjunto de limitaciones al poder estatal de castigar y se discute el régimen procesal penal y muchos otros. Este tipo de análisis, sin embargo, se ha limitado a pensar sobre la evolución histórica del liberalismo y a interpretar las constituciones modernas y determinar los idearios liberales allí identificados, sin problematizar esta concepción política ni recoger las fuertes discusiones que existen al respecto. La doctrina no se ha encargado de problematizar las interpretaciones constitucionales puramente liberales, que prescinden de importantes contenidos democráticos incorporados en la constitución. La doctrina tampoco ha abordado la cuestión procesal penal desde una perspectiva filosófico-normativa, tomando los problemas que la teoría política y constitucional ha encontrado en las miradas liberales clásicas—especialmente sus tensiones con ideales democráticos, o las alternativas ofrecidas por el republicanismo—e intentando pensar respuestas superadoras en relación con el proceso penal. Un abordaje con mayor foco en la teoría política es necesario.

En esta obra nos proponemos compilar obras originales de autores de habla hispana con el fin de contribuir a cubrir esta laguna en la teoría penal y procesal penal hispanoparlante. Este libro busca profundizar en la discusión sobre derecho penal, procesal penal y teoría política, necesaria para pensar acerca de los fundamentos de nuestras prácticas e instituciones penales y para repensar nuestros sistemas penales actuales.

## EL CONTENIDO DEL LIBRO

En su primer artículo, Roberto Gargarella reflexiona acerca del impacto de nuestras concepciones sobre la autonomía personal y el autogobierno colectivo en el tratamiento de cuestiones de género en el ámbito del derecho penal. El autor destaca que ciertas visiones empobrecidas de la autonomía personal han llevado a la construcción de sistemas de legislación penal muy criticables desde una perspectiva de género. Asimismo, pone de manifiesto que muchos sistemas políticos, y en especial los latinoamericanos, han marginado sostenidamente a las mujeres de los procedimientos de decisión política, lo cual atenta contra la legitimidad de las normas derivadas de esos procedimientos respecto a las mujeres. Por esa razón, argumenta que las leyes penales derivadas de ese tipo de procedimientos no inclusivos y que afec-

---

<sup>24</sup> J. B. J. MAIER, *Derecho Procesal Penal. I Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 471-78.

tan directamente a las mujeres —por ejemplo, leyes que tipifican el delito de aborto— tienen un nivel de obligatoriedad bajo para ellas. Para superar estos problemas, Gargarella propone transicionar hacia modelos democráticos dialógicos e inclusivos. Lejos de incrementar la punitividad o la opresión de minorías, el autor argumenta que un modelo de este tipo puede promover la moderación penal y a la vez aumentar la legitimidad de las normas penales ante grupos minoritarios como las mujeres.

En su contribución, Rocío Lorca Ferreccio analiza cómo entender el fenómeno de la impunidad y qué es lo verdaderamente problemático de dicho fenómeno. Según la autora, hay dos formas de entender la impunidad. Un sentido débil del término indica que el problema de la impunidad es que impide promover los valores que subyacen al derecho penal. No obstante, según la autora, esta visión impide entender por qué algunos casos de impunidad revisten un problema político mayúsculo. Eso se puede comprender apelando al sentido fuerte de la impunidad, según el cual lo problemático de la impunidad deriva de las razones que motivan no castigar a alguien por ubicarse *por encima de la ley* o porque las víctimas son consideradas poco importantes y ubicadas *por debajo de la ley*. Lo más problemático de la impunidad es entonces, explica Lorca Ferreccio, que pervierte la idea de igualdad ante la ley sobre la que se apoya el Estado de derecho. Dos consecuencias derivan de su argumento. Primero, las estrategias más idóneas para luchar contra la impunidad no son necesariamente punitivas y pueden promover cambios sociales profundos por medios no penales. Segundo, y vinculado a ello, combatir la impunidad no es incompatible con estrategias de disminución del castigo.

Por su parte, Gideon Yaffe aborda las siguientes preguntas: ¿Por qué, en general, no es permisible para los Estados castigar a no ciudadanos? y ¿por qué sí se les permite castigarlos en casos excepcionales? Según el autor, el retribucionismo es incapaz de responderlas adecuadamente porque el merecimiento de castigo de ciudadanos y no ciudadanos que cometen ilícitos es idéntico. Tampoco considera que se pueda responder apelando al concepto de orden civil que define el ámbito normativo público, pues nada obsta a que una comunidad incluya en ese ámbito delitos extraterritoriales de no ciudadanos. La respuesta de Yaffe es que el propio concepto de llamar a rendir cuentas a alguien requiere imputar a esa persona la norma violada, algo sólo posible respecto a quienes pueden ser tratados como ciudadanos. Esto incluye tanto a ciudadanos como a no ciudadanos que no pueden defenderse del castigo apelando a su no ciudadanía, tal como ocurre con los llamados delitos asociados a la ciudadanía. En estos casos, al no ciudadano se le imputa la norma contra rechazar otra norma que prohibía la conducta que realizó, ya sea por tener una creencia acorde o porque su propio país impone legalmente una norma contra rechazar el derecho a quienes estén en su territorio.

En su artículo, Paz Irarrázabal González señala que es el Estado a través de su poder coercitivo sobre el espacio público el que define los comportamientos adecuados y el tipo de interacciones posibles en calles y plazas. De este modo, pedir dinero, dormir, ejercer actividades lucrativas, reunirse, protestar, o caminar sin propósito por las calles, son todas actividades controladas por reglas y autoridades que buscan establecer un específico orden urbano. En su trabajo, Irarrázabal González realiza una crítica normativa desde un paradigma igualitarista a la criminalización de conductas consideradas como ofensivas o peligrosas en las calles, así como al control policial preventivo. En este sentido, señala que las ideas liberales que justifican la criminalización de conductas en el espacio público contribuyen a reforzar desigualdades estructurales.

A su vez, Fernando Braccini se pregunta acerca de la justificación de la autoridad moral del Estado para expresar reproches mediante el castigo. Según el autor, la justificación del castigo se compone de una justificación sustantiva que indica por qué castigar a alguien es permisible y de una justificación relativa a la autoridad que explica por qué dicho permiso sustantivo está disponible para una persona o institución determinadas. Una razón por la que la autoridad para castigar requiere justificación es que el castigo es un vehículo para la expresión de reproche. Además de exigir autoridad moral de segunda persona, ello exige un tipo diferencial de autoridad para expresar actitudes de reproche en virtud de la cual expresar reproche al autor de un ilícito es visto como un asunto de algunas personas o instituciones y no de otras. Tras definir ese marco conceptual, el autor analiza diferentes argumentos de justificación de la autoridad para castigar y los agrupa en cuatro enfoques: el consecuencialista, el de las capacidades estatales, el de la autoridad básica del Estado, y el relacional. Según Braccini, ninguna de estas estrategias argumentales justifica adecuadamente la autoridad moral del Estado para castigar, y por ello considera necesario seguir buscando respuestas para esta pregunta fundamental.

Carla Sepúlveda, en su texto, detecta una evolución del derecho penal que se dirige hacia su utilización como un mecanismo de prevención, diferente a las ideas preventivas conocidas previamente y vinculadas a la justificación del castigo penal. Señala que este cambio se produce en el contenido mismo de la norma penal, que ahora tiende a alejarse de la estructura tradicional consistente en un acto exterior sumado a una intención, y usualmente ligado de modo causal a un resultado dañino. Se refiere, también, a innovaciones en el nivel de la estructura normativa utilizada para lograr tal prevención, en tanto se aparta de la estructura conocida como «norma de conducta + norma de sanción» y pasa a sostenerse sobre remisiones complejas a otras normas del ordenamiento jurídico, o bien sobre la base de determinaciones de deberes individualizados de comportamiento. En su contribución, Sepúlveda cuestiona las estrategias y críticas desarrolladas por el liberalismo polí-

tico ante este giro del derecho penal. Argumenta que el liberalismo no tiene la capacidad para hacerse cargo de los cambios de los individuos y su relación con el Estado. A su vez, Sepúlveda intenta defender un emergente desarrollo postliberal con el objetivo de limitar y legitimar el derecho penal de un modo efectivo.

En su trabajo, Matías Díaz ofrece una reflexión crítica en torno al principio de inocencia en la teoría de Antony Duff. Como explica Díaz, el principio de inocencia ocupa un rol central en el esquema liberal-comunitario sobre el que Duff construye su teoría del sistema penal. Más allá del deber moral que tienen las personas acusadas de cometer un delito de participar del proceso penal por ser parte de la comunidad política, estas tienen un derecho a que el Estado realice un gran esfuerzo para evitar condenar a una persona inocente. Sin embargo, Díaz identifica dos aspectos problemáticos en la manera en la que Duff desarrolla el principio de inocencia a lo largo de su teoría. En primer lugar, señala algunos desafíos alrededor de la lectura sustantiva del principio de inocencia que defiende Duff y, a su vez, propone una lectura institucional de este principio. En segundo lugar, se concentra en la tensión que surge entre el «alma liberal» y el «alma comunitaria» en la teoría de Duff al momento de profundizar la mirada sobre los deberes jurídicos (cargas probatorias) de quienes participan como acusados en el proceso penal.

La contribución de Flavia Carbonell Bellolio y Jonatan Valenzuela Saldías se concentra en la doble dimensión moral y epistémica de una de las reglas estructurales de los sistemas procesales penal: la regla del estándar de prueba. De acuerdo con estos autores, los delitos, siguiendo a Duff y Marshall, son males compartidos por toda la comunidad. Un mal al que se le hace frente a través de otro mal, como la privación de la libertad. El proceso penal, entonces, es un acuerdo institucional para administrar la imposición del mal estatal que sigue a un delito. A su vez, destacan estos autores, la teoría de la prueba adoptada cumple un rol fundamental en la administración de la imposición estatal de un mal. Esta no solo fija el umbral por el cual se determina si se cometió un mal, sino que también habilita la imposición del mal que le sigue a un delito. A fin de cuentas, como señalan Carbonell Bellolio y Valenzuela Saldías, el estándar de prueba es una regla de distribución de errores que presenta un dilema moral similar al de la justificación de la pena en torno al castigo de personas inocentes.

En el caso de Santiago Mollis, el autor explora una posible justificación normativa de una respuesta a los delitos orientada a las víctimas. Para ello, el autor sostiene que es importante entender los reclamos de las víctimas independientemente del carácter punitivo o no punitivo que pueden expresar. El aspecto fundamental de los reclamos de las víctimas, sostiene Mollis, es que otras personas de la comunidad política, y no solo los agentes estatales,

reconozcan el interés que tienen las propias víctimas tanto al momento de decidir el tipo de respuesta a implementar como al decidir acerca de su participación en un eventual proceso penal. A su vez, el autor sostiene que la interpretación republicana de la idea de libertad permite imaginar una forma alternativa de responder a los delitos que, en vez de priorizar el interés público, prioriza el interés de las víctimas. Esto, sin embargo, no quiere decir que este tipo de respuesta alternativa no esté seriamente preocupada por atender el interés público. Para ello, el autor construye sobre la teoría republicana de la justicia penal que han desarrollado Braithwaite y Pettit.

Gustavo A. Beade señala que los fiscales deben representar a la comunidad política, en particular, durante el proceso penal: en concreto, sostiene que deben ser la voz de la comunidad. Por otra parte, sostiene que la comunidad política también debería desempeñar un papel importante después del juicio. De acuerdo con Beade, uno de los objetivos del juicio podría ser que el acusado se arrepienta y se disculpe después de pensar y reflexionar sobre la censura de la comunidad política en la que vive. Esto le permitiría reconocer que lo que hizo estuvo mal. Según su punto de vista, la comunidad política también tiene obligaciones que se derivan del arrepentimiento del acusado, es decir, aceptar el arrepentimiento y darle la bienvenida a la persona para que vuelva a formar parte de la comunidad política y tratarla como a un conciudadano que simplemente cometió un error. En estas circunstancias, la voz de la comunidad política será importante para traer de regreso a los delincuentes o exdelincuentes y para limitar el daño causado por las llamadas consecuencias jurídicas colaterales de la condena.

Por último, Michelle Madden Dempsey se pregunta cómo las y los funcionarios encargados del proceso penal deberían contemplar la suficiencia probatoria en casos que involucren violencia contra mujeres. Es decir, qué estándar debe aplicarse en el momento de evaluar si la evidencia resulta suficiente para impulsar la acción penal por un acto de violencia contra mujeres. Dempsey distingue dos tipos de enfoques. Bajo el enfoque predictivo, quienes están a cargo de impulsar la acción penal deben evaluar la probabilidad de que termine en una condena o no. Bajo el enfoque basado en méritos, quienes están a cargo de la persecución deben evaluar si un jurado debiera condenar independientemente de su futura posible decisión. Para Dempsey, la ventaja del enfoque basado en el mérito incluso en esos casos en los que probablemente terminen en una absolución se encuentra en que los procesos penales sirven como instancias de promoción de valores intrínsecos (promoción de un valor expresivo) y consecuenciales (comienzo de un diálogo moral). Finalmente, Dempsey explica por qué la promoción de estos valores constituye una razón particularmente relevante a favor de perseguir penalmente casos de violación contra mujeres.

Queremos aprovechar esta oportunidad para agradecer a la editorial Marcial Pons y en particular a los editores de la colección de Derecho penal

*Gustavo A. Beade, Fernando Braccini y Santiago Mollis*

y criminología, Iñigo Ortiz de Urbina, Ramón Ragués y Luis Greco por la confianza en este libro, así como también a los autores del libro, que de inmediato aceptaron nuestra invitación a sumarse a este proyecto.

Valdivia, Lovaina, Ithaca  
Noviembre de 2023

# DEMOCRACIA, GÉNERO Y VALIDEZ DE LAS NORMAS PENALES

Roberto GARGARELLA\*

## 1. AUTONOMÍA INDIVIDUAL, AUTOGOBIERNO COLECTIVO

Quisiera comenzar haciendo referencia a dos compromisos fundamentales, propios del constitucionalismo moderno. Me refiero a los principios del autogobierno colectivo y la autonomía individual. En lo que sigue voy a concentrarme sobre todo en uno de tales principios —el principio de autogobierno colectivo— para hacer mi presentación a partir de una preocupación muy particular, relacionada con el déficit democrático que existe en nuestras comunidades, y explorar así el impacto de este en los modos en que hemos ido concibiendo la relación entre género y Derecho penal.

Tomo las ideas de autonomía individual y autogobierno colectivo como fundacionales no solo en términos teóricos, sino también en términos institucionales. Según entiendo, en la historia de América Latina ambos ideales han tenido un papel enormemente importante, desde la propia fundación de nuestras sociedades. El principio de autonomía individual aparece ocupando un lugar de crucial relevancia desde el propio momento de la independencia. Basta recordar, como ejemplo, la cantidad e intensidad de disputas que se desataron en torno al papel de la religión y la tolerancia de cultos; o en relación con los vínculos debidos entre Iglesia y Estado; o sobre la educación religiosa en las escuelas públicas, etcétera.

Hablar del autogobierno, mientras tanto, implica hablar de la vocación de una comunidad por darse sus propias reglas. En América Latina, otra vez, discutimos en torno a este ideal desde el propio momento de nuestra inde-

---

\* Profesor Universidad de Buenos Aires-Universidad Torcuato Di Tella.