

La justificación moral del castigo ante el incumplimiento de la cuarentena obligatoria.

Por Tomás Fernández Fiks

I. Introducción

La situación crítica que el mundo está atravesando como resultado de la pandemia del coronavirus ha llevado a un gran número de países a adoptar importantes medidas restrictivas de la libertad de los ciudadanos. En Argentina se encuentra vigente una cuarentena obligatoria que impide a las personas ausentarse de su hogar, exceptuando algunos supuestos puntuales como la prestación de servicios esenciales y la adquisición de bienes indispensables.

Uno de los recursos adoptados por el gobierno para fortalecer tales medidas, además de una fuerte presencia policial en las calles, es la utilización del derecho penal. El Presidente de la Nación, en reiteradas ocasiones, ha manifestado públicamente que aquellos que violen las medidas impuestas por el Poder Ejecutivo serán castigados de acuerdo con las leyes penales vigentes. En los últimos días, los medios de comunicación han difundido numerosos casos de personas que han sido detenidas por violar la cuarentena obligatoria.

En otros textos de reciente circulación ya se han analizado los aspectos jurídicos de las normas penales que resultan relevantes: qué artículos del Código Penal corresponde aplicar, cuáles son sus elementos típicos, cuál es la escala penal correspondiente, etc.¹ Por ende, no pretendo redundar aquí en estas cuestiones, sino dar un paso atrás e indagar sobre cuáles son los argumentos filosóficos que permiten justificar la utilización del derecho penal en los casos bajo análisis. En otras palabras, me interesa analizar cuáles son los fundamentos morales para castigar a alguien por incumplir las medidas adoptadas por el Estado para morigerar la propagación del coronavirus.

Para ello, parto del presupuesto de que el castigo penal, al implicar la imposición deliberada de sufrimiento contra un individuo, constituye una práctica que requiere de justificación. En ausencia de tal justificación, el castigo sería un mero acto de fuerza que violaría los derechos de quien lo recibe.

A los efectos del presente trabajo, analizaré la plausibilidad de distintas teorías sobre la justificación del castigo en relación al uso del derecho penal contra quienes infrinjan las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo en el marco de la coyuntura actual. Por lo tanto, mi análisis se circunscribirá a esos casos puntuales.

II. Prevencionismo

Quizás la primera respuesta que viene a la mente cuando nos cuestionamos por qué el Estado puede castigar, de manera moralmente admisible, a quienes violen la cuarentena, es que ello sirve para prevenir futuras infracciones, ya que las personas querrán evitar las consecuencias desagradables que conlleva un proceso penal. El prevencionismo goza, de este modo, de un indudable atractivo intuitivo. Al fin y al cabo, en nuestra vida cotidiana asumimos constantemente que las amenazas suelen ser eficaces para regular el comportamiento humano, como cuando un padre le dice a su hijo que, si se vuelve a portar mal, no podrá ver televisión

¹ Ver, por ejemplo, la nota “Coronavirus y ley penal”, publicada por Mario Alberto Juliano en fecha 16/03/2020, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/48632-coronavirus-y-ley-penal-mario-alberto-juliano>

durante un mes. Existe, por lo tanto, una presunción de sentido común a favor del efecto preventivo de la amenaza penal: es razonable pensar que la existencia de una prohibición respaldada por una sanción tendrá un efecto disuasorio mayor que el que tendría una mera prohibición declarativa que no contemple ninguna sanción.

No obstante, tratándose la aplicación de una pena estatal de un acto especialmente costoso (por los recursos que conlleva, por el daño que inflige sobre quien es castigado, por la repercusión de ese daño en la familia del receptor del castigo, etc.), una mera presunción de su eficacia preventiva no alcanza para brindar una justificación moral satisfactoria. Para ello, por el contrario, necesitaríamos algún tipo de corroboración empírica de que la amenaza penal *efectivamente* funciona para prevenir el delito. Sin tal corroboración, es razonable asumir que probablemente existan medidas menos lesivas, e igual o más efectivas, para evitar el resultado indeseado (en este caso, la violación de la cuarentena obligatoria), por lo cual la utilización del derecho penal en tales casos resultaría inconsistente con el principio de mínima intervención o *ultima ratio*.

La conexión existente entre la justificación prevencionista y ciertas cuestiones empíricas cuya comprobación resulta actualmente imposible de efectuar (pues sería necesario realizar un costoso estudio a gran escala que analizara la conducta de los ciudadanos frente a dos escenarios reales: uno en el que rija la amenaza penal y otro en el que no), constituye una razón de peso para rechazar tal justificación. Pero incluso si se pudiera comprobar que la amenaza de sanciones penales es efectiva a la hora de prevenir la comisión de las conductas que aquí se pretende evitar, el prevencionismo continuaría siendo objeto de importantes objeciones que –al menos desde un punto de vista estrictamente filosófico– la convierten en una justificación del castigo moralmente inadmisibles.

De acuerdo con esta línea de objeciones, el prevencionismo supone la utilización instrumental del individuo que es castigado, pues se lo exhibe ante la sociedad como ejemplo para evitar que otros sujetos realicen acciones similares a la que él realizó. En otras palabras, se lo trata como un mero medio para un fin. En términos de Hegel, el destinatario del castigo es tratado como un perro, en vez de con la libertad y el respeto que se le deben como agente moral.

III. Retribucionismo

Frente al déficit del prevencionismo en lo relativo al tratamiento del receptor del castigo como un sujeto digno, el retribucionismo aparece como la principal alternativa. El retribucionismo no padece este problema, pues se dirige al ofensor como un individuo autónomo, responsable y libre. De acuerdo con esta teoría, el castigo del ofensor se justifica porque este *merece* ser castigado, y nada más que por ello, independientemente de cualquier beneficio futuro que dicho castigo pueda traer aparejado. De esta forma, el retribucionismo no implica la instrumentalización del destinatario del castigo.

Para que alguien merezca ser castigado, debe haber cometido una *acción moralmente incorrecta*, actuando de manera culpable. Esto explica por qué el atractivo principal del retribucionismo reside en el castigo de los delitos llamados *mala in se*; es decir, de las acciones que son moralmente incorrectas *independientemente de que una ley las encuadre como delitos*, tales como el asesinato o la violación. Ante este tipo de crímenes, nuestras intuiciones suelen

ser consistentes en cuanto a que los autores de esas graves conductas merecen ser castigados, aunque su castigo no genere ningún beneficio adicional.

El atractivo intuitivo del retribucionismo es menor ante los delitos *mala prohibita*, esto es, aquellas conductas que son incorrectas *en virtud de una norma jurídica que así lo dispone*. Ello es así ya que las acciones que constituyen delitos *mala prohibita* son por lo general, si se las considera aisladamente, conductas inocuas, cuya comisión no activa fuertes intuiciones retributivas. No obstante, cuando dichas conductas son analizadas socialmente, su grado de reprochabilidad moral varía.

Esto se puede ver con claridad en el caso que aquí nos interesa: salir del hogar no es una acción que sea intrínsecamente incorrecta, pero dadas las circunstancias actuales en cuanto a la potencial propagación del virus y las medidas que se han adoptado para evitar que ello suceda, dicha conducta puede ser considerada una acción moralmente incorrecta en virtud de que exhibe un desprecio por la salud de nuestros conciudadanos y supone la violación de una norma cuya efectividad depende del grado de coordinación social en su cumplimiento. Para exponer este punto con otro ejemplo: quien conduce un vehículo en sentido contrario al dispuesto reglamentariamente no está realizando una acción que sea intrínsecamente incorrecta (conducir hacia la derecha o hacia la izquierda no hace ninguna diferencia moral), pero tal acción se vuelve moralmente incorrecta en la medida que el resto de los ciudadanos circulan en sentido contrario, por lo cual existe un alto riesgo de un accidente.

Aún así, asumiendo que violar la cuarentena constituye un delito *mala prohibita* cuya incorrección moral reside en el apartamiento de normas socialmente respetadas, el retribucionismo no parece ser la teoría que mejor permita justificar la utilización de la respuesta penal ante tales infracciones. Después de todo, el retribucionismo es una teoría que mira hacia atrás: la relación justificatoria se da entre la comisión del delito y la imposición del castigo, y no entre la imposición del castigo y sus consecuencias futuras. En tiempos de emergencia como los que estamos atravesando, no resulta plausible la idea de que el fundamento de las sanciones penales frente a los incumplimientos de la cuarentena sea retribuir a los infractores el mal que ellos causaron al haberse ausentado injustificadamente de sus hogares. Los costos de implementación de tales normas penales son demasiado altos y no parecieran poder justificarse satisfactoriamente recurriendo meramente a la idea de que el Estado se debe encargar de materializar la justicia retributiva. Esto se ve reflejado en el discurso público vinculado a la legitimación de las sanciones penales en los casos bajo examen, el cual no es “debemos asegurar que quienes violaron las normas de cuarentena paguen por lo que hicieron”, sino más bien “debemos asegurar que la gente no viole la cuarentena, y quien lo haga deberá enfrentar una sanción penal”.

IV. Teorías expresivas

Esto nos lleva a analizar una tercera corriente de teorías, de raíces hegelianas, que llamaré expresivas –pues tienen como principal objeto la expresión de un mensaje particular. Creo que estas teorías permiten justificar de manera más satisfactoria la imposición de sanciones penales en los casos que aquí nos interesan. Dentro de esta familia de teorías se han formulado, en tiempos recientes, tres versiones que me interesa destacar: la concepción del

derecho penal como un sistema de protecciones elaborada por Jacob Bronsther², el constitucionalismo penal de Malcom Thorburn³, y el reconstructivismo de Joshua Kleinfeld.⁴

En un extremadamente sucinto resumen de las teorías mencionadas podríamos decir que Bronsther concibe al derecho penal como un sistema de protecciones frente a determinados actos, al que la sociedad recurre para resguardar su *libertad asegurada* (entendiendo al concepto de libertad asegurada en los términos neo-republicanos de Philip Pettit, es decir, como la garantía de que las personas no sufrirán interferencias de poderes arbitrarios). El mantenimiento de una sociedad relativamente pacífica, en la que cada individuo pueda diseñar y cumplir su propio plan de vida sin interferencias arbitrarias de los demás, depende de este sistema de protecciones, y el mismo depende, a su vez, de que cada individuo cumpla con sus pautas. Quienes violan las normas que componen tal sistema de protecciones no sólo afectan a la víctima concreta de su acto, sino que además debilitan la protección general que provee el sistema. Así, el delincuente que roba un auto estacionado en la vía pública, además de ocasionarle un perjuicio concreto al dueño del auto, reduce la confianza que la sociedad tiene en poder estacionar el auto de manera segura en la vía pública. El castigo del delincuente, bajo este análisis, implica el restablecimiento de la protección perdida. Asimismo, el individuo que es castigado no es “sacrificado” por el bien común –como sostendría la objeción contra el prevencionismo– sino que es forzado a reparar el daño causado por su propia conducta.

De manera similar, Thorburn entiende que la incorrección característica de las acciones que interesan al derecho penal radica en que el autor del delito intenta imponer su voluntad por encima del sistema que hace posible la vida en comunidad entre individuos igualmente libres. Así, las acciones punibles son aquellas que exhiben una voluntad de desplazar las normas jurídicas que rigen en la sociedad. Bajo esta lectura, el derecho penal debe ser entendido como parte de un proyecto más amplio: el aseguramiento de la libertad a través del constitucionalismo. De acuerdo con este autor, sin un Estado que establezca una determinada esfera de libertad para cada individuo, no existirían límites sobre lo que las personas pueden hacer y ello implicaría la negación de la libertad. En un estado de naturaleza en el que cada persona puede hacer lo que quiere sin restricciones, nadie podría ejercer su libertad de manera consistente con el reclamo de libertad de otros individuos. Al no contar con un campo seguro de no interferencia, toda persona estaría expuesta a las elecciones arbitrarias de otros. Para revertir tal situación, los ciudadanos actúan de manera coordinada a través del Estado como instrumento para asegurar las condiciones de libertad y dignidad de cada individuo. Partiendo de esta base, el rol del derecho penal es actuar como la herramienta de último recurso para proteger las condiciones que permiten la vida en comunidad, castigando a quienes desafían tales condiciones y pretenden imponer su voluntad sobre los arreglos que hacen posible que los ciudadanos vivan libremente y en pie de igualdad.

Para Kleinfeld, la función del derecho penal es reafirmar los valores éticos de una comunidad que han sido negados simbólicamente por el ofensor a través de la comisión de su

² Bronsther, Jacob, “Two Theories of Deterrent Punishment”, *Tulsa Law Review*, Volume 53, Issue 3 (Spring 2018)

³ Thorburn, Michael, “Constitutionalism and the Limits of the Criminal Law”, en R.A. Duff y otros (eds.), *The Structures of the Criminal Law*, Oxford: OUP, 2011.

⁴ Kleinfeld, Joshua, “Reconstructivism: The Place of Criminal Law in Ethical Life”, *Harvard Law Review*, Volume 129, Number 6 (April 2016)

acto ilícito. El concepto normativo sobre el que se apoya esta teoría no es el merecimiento (como en el retribucionismo) ni la felicidad (como en el utilitarismo), sino la solidaridad: el derecho penal protege una determinada cultura moral cuyo mantenimiento es importante no porque sea correcta, sino porque es *compartida*. ¿Por qué no negar el mensaje del ofensor sin tener que imponerle una pena, por ejemplo, a través una declaración oficial? La respuesta de Kleinfeld es que ello no es posible ya que el lenguaje de nuestra cultura para responder ante un crimen es el castigo. Si pretendemos reafirmar el valor de una norma debemos hacerlo en un lenguaje que los ciudadanos comprendan y acepten, y el lenguaje arraigado en nuestra cultura –no en un cultura imaginaria o ideal, sino en la que efectivamente tenemos– para responder al delito es el castigo.

Si bien entre las tres teorías brevemente reseñadas existen diferencias trascendentales (cuyo tratamiento excede ampliamente el objeto de este trabajo), es posible advertir importantes elementos en común. En todas ellas, el derecho penal es concebido como una herramienta destinada a la protección de la libertad y la autonomía que cada individuo goza. El delito es conceptualizado como un ataque hacia el sistema de protecciones o acuerdos básicos que permiten la vida en comunidad, y la sanción penal como una forma de neutralizar tal ataque.

Volviendo al caso concreto que nos interesa, creo que el aparato conceptual provisto por estas teorías es de gran utilidad para reflexionar sobre la justificación de la utilización del derecho penal contra quienes infrinjan las medidas de seguridad adoptadas en el marco de la actual emergencia nacional. El castigo en tales supuestos no parece encontrar su mejor justificación en la realización de justicia retributiva, dado el carácter eminentemente retrospectivo de esta y la inexistencia de una acción intrínsecamente incorrecta que despierte fuertes intuiciones retributivas. El argumento prevencionista tampoco resulta una alternativa plausible, dada la objeción de instrumentalización del ofensor y la ausencia de corroboración empírica respecto de la eficacia preventiva del castigo. Frente a tales respuestas insatisfactorias, las teorías expresivas brindan herramientas que permiten desarrollar argumentos más interesantes para justificar la imposición de castigo en los casos que aquí nos ocupan.

Así, a grandes rasgos, podríamos decir que la acción de infringir las medidas adoptadas para evitar la propagación del virus implica el debilitamiento del sistema de protecciones con el que los ciudadanos cuentan para asegurar sus derechos (en los términos de Bronshter), que dicha acción demuestra la voluntad del ofensor de sustituir las normas básicas que permiten garantizar los derechos de cada individuo en la comunidad por sus propias preferencias (en los términos de Thornburn), y que además supone un ataque a los valores éticos de la sociedad (en los términos de Kleinfeld).

De este modo, la acción en cuestión puede ser encuadrada como un antecedente que habilita –y justifica– la imposición del castigo penal, de acuerdo con las teorías mencionadas. La utilización del derecho penal en estos casos tiene como fundamento la protección de las normas que permiten que los individuos gocen de sus derechos (entre los cuales se encuentra el derecho a la salud) y puedan vivir libres de interferencias arbitrarias en comunidad. Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con el prevencionismo, el castigo penal en los términos planteados no implica el tratamiento instrumental del ofensor, pues no se lo castiga exclusivamente para obtener ciertos resultados beneficiosos, sino como forma de reparar el daño simbólico ocasionado. Con esto no quiero decir que las teorías reseñadas estén exentas

de problemas, y tampoco estaría dispuesto a afirmar que las mismas proveen argumentos concluyentes para justificar el castigo en los casos analizados. Mi objetivo –más modesto– ha sido delinear el atractivo que tales teorías poseen frente a los problemas del retribucionismo y el prevencionismo para justificar la imposición del castigo a quienes violen las medidas que se encuentran vigentes para evitar la propagación de la epidemia.