

Ajenos: la inmigración como un dilema para la teoría de Duff sobre la autoridad del castigo

*The Others: Immigration as a Dilemma to Duff's Theory
on the Justification of Punishment*

Delfina Beguerie

Yale Law School, USA

delfina.beguerie@yale.edu

Resumen: A la vanguardia del debate clásico sobre la justificación del castigo, algunas variantes del republicanismo penal sugieren que tal fundamento debe buscarse en una relación anterior al crimen: en una relación política. Afirman que podemos castigarnos porque pertenecemos, en concidadanía, a una misma comunidad política. Pero entonces aparece necesariamente la pregunta sobre cómo se justifica el castigo a personas extranjeras. Con referencias al caso argentino, este artículo discute con las explicaciones teóricas ensayadas por Duff y las alternativas de Zedner, Yaffe y Chehtman. El debate, así planteado, parece dirimirse entre (i) fundar la respuesta punitiva en la comunidad entre personas ciudadanas dejando sin orientación normativa a las diversas formas de castigo de las no-ciudadanas o (ii) renunciar a una justificación relacional del castigo para todos. Para escapar del dilema, planteo que quienes entiendan que la legitimidad del castigo debe buscarse en algún tipo de relación política preexistente deben redefinir esa relación para que pueda dar cuenta de los diferentes vínculos que nos unen a quienes cohabitamos un mismo territorio político. En lugar de descartar a la membresía política como justificación del reproche penal, sostengo que se puede renunciar a que esa membresía constituya la *única* justificación posible. Finalmente propongo dos pautas para que *una* teoría de la justificación del castigo pueda dar cuenta de los diferentes criterios de atribución de la ley penal: el nivel de dependencia y el nivel de participación.

Palabras clave: crimigración, legitimidad, autoridad, castigo, migración, republicanismo penal, Duff, ciudadanía.

Abstract: In the classic debate over the justification of punishment, some avant-garde theories suggest that we must seek such a foundation in a relationship that precedes the criminal offense: a political relationship. Some versions of this in-vogue republicanism argue that we can call into account and punish others for their crimes because we all belong to the same political community as fellow citizens. However, such theories render the punishment of foreigners illegitimate. Drawing on socio-legal references to the Argentine case study, this essay discusses Duff's theory and its critiques articulated by Zedner, Yaffe, and Chehtman. This debate re-

flects a dilemma for Duff caught between (a) justifying punishment on citizenship (but leaving punishment of foreigners without any normative orientation) and (b) renouncing a relational justification of punishment altogether. This essay argues that those who understand that the legitimacy of punishment relies on a pre-existing political relationship should redefine that relationship to account for the different bonds between people inhabiting the same political territory. Political membership may be a good reason to call into account fellow citizens for their crimes, but it may not be the only reason. After all, cohabitation admits many forms of political relationships.

Keywords: crimigration, legitimacy, authority, punishment, immigration, republicanism, Duff, citizenship.

I. Introducción

Según cuenta el propio Antony Duff, le “llamó mucho la atención” algo del Preámbulo de la Constitución Argentina.¹ La leyenda porteña agrega que, cuando el profesor de Stirling visitaba la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, encontró inscrito en una de sus columnas el Preámbulo nacional. Sorprendido –dicen– confirmó con un estudiante del pasillo que la Constitución efectivamente asegurara los beneficios de la libertad a todas las personas “del mundo que quieran habitar en el suelo argentino” tal como reflejaba esa columna.² Allí podría cifrarse el sostén final de su teoría que, al justificar el castigo en la ciudadanía, no podía explicar el reproche penal a los no-ciudadanos. La invitación argentina al mundo –dirá Duff más adelante– ilustra la hospitalidad política que toda comunidad le debe a sus visitas, y esa hospitalidad política nos habilita a llamar a rendir cuentas a las personas extranjeras por sus ofensas (Duff, 2018, p. 122). Pero la hospitalidad política no convierte las leyes ajenas en leyes propias.

A la vanguardia del debate clásico sobre la justificación del castigo, Duff sugiere que su fundamento debe buscarse en una relación que precede al crimen: en la relación política que nos une como ciudadanos. Su teoría postula que es porque pertenecemos a una misma comunidad en concidadanía, con leyes que reconocemos como propias, que podemos llamarnos a rendir cuentas por nuestras ofensas mutuamente. Así, Duff nos propone imaginar un juicio penal legítimo y comunicativo, uno que resulte inclusivo para toda la ciudadanía en lugar de exclusivo para los técnicos y excluyente del ofensor (Duff, 2018). Sin embargo, el énfasis en la ciudadanía enfrenta a esta versión del republicanismo penal en boga con un dilema. Para las personas extranjeras el derecho penal de sus hospedadores no puede ser entendido como *su* derecho, ellas no son llamadas a rendir cuentas o castigadas por *sus* tribunales y según *su* ley.

Mientras la inmigración toma protagonismo en el debate político, este tipo de teorías republicanas asociativas (o comunitarias) parece dejar huérfano de justificación al castigo impuesto a las personas extranjeras. Y ese vacío normativo importa porque una repuesta punitiva que carece de orientación normativa no conduce necesariamente a menos castigo. Más bien puede ocurrir lo contrario. Esa carencia normativa conlleva el riesgo de una práctica más desordenada y el peligro de dejar a la inmigración bajo un aparato coercitivo desaforado.

En este ensayo planteo que la teoría de Duff –tal como la conocemos hoy– padece de un déficit de generalidad porque si bien puede justificar el castigo a ciertas personas no alcanza a justificar la autoridad para llamar a rendir cuentas a las personas extranjeras por sus crímenes. No estoy sola en esta observación. No obstante, y a diferencia de las críticas de Zedner, Yaffe o Chehtman, sostengo que ese déficit no necesariamente obliga a la teoría de Duff a abandonar una justificación relacional del castigo. Aquí argumento que quienes entiendan que la autoridad del reproche descansa en una relación política anterior deberían reformular esa relación política de manera que pueda dar cuenta de los diferentes vínculos que nos unen a quienes cohabitamos un mismo territorio político. En lugar de descartar a la membresía o la ciudadanía como justificación del reproche penal, alego que se debe renunciar a que constituyan la *única* justificación posible. Claro que al abrir la justificación del castigo a diferentes relaciones según las cuales se le puede atribuir la ley penal a una ofensora, se podría objetar que no estamos ante una teoría sino ante muchas. Por eso, antes de concluir el ensayo sugiero dos pautas que podrían preservar cierta unidad teórica: que los criterios de atribución de la ley penal varíen de acuerdo al nivel de dependencia de una persona respecto de la comunidad política que habita y resulten sensibles a distintos grados de participación democrática. Con estas dos pautas (nivel de dependencia y de participación) no pretendo ofrecer una respuesta final al debate, sino únicamente señalar por dónde podría avanzar su reconstrucción para que *una* teoría de la justificación del castigo pueda dar cuenta de las diferentes relaciones entre quienes cohabitamos un mismo territorio político.

Con este objetivo, en primer lugar, presento brevemente las virtudes de la justificación del castigo que ofrece Duff (justificación que califico como “meta-penal”) para pasar, en segundo lugar, a identificar su déficit como uno de generalidad en tanto no alcanza para justificar el castigo de las personas extranjeras. Planteado el vacío normativo, en tercer lugar, recorro tres alternativas ensayadas para resolverlo (más precisamente las de Zedner, Yaffe y Chehtman) y señalo cuáles son para mí sus debilidades. Finalmente, ya en cuarto lugar, sugiero cómo podría reformularse una teoría relacional del casti-

go como la de Duff. El planteo teórico que se construye en las diferentes secciones se complementa con descripciones socio-legales de la experiencia de la Argentina con la inmigración (apoyada en referencias a cambios históricos en la regulación, entrevistas con actores del proceso de sanción de la ley actual, pedidos de información pública y estadísticas oficiales).

II. La teoría de Duff en dos pasos

Mientras la mayoría de las teorías sobre la justificación del castigo se preguntan por qué y para qué castigar, Duff cambió el foco de atención hacia quién tiene autoridad para castigar.³

Una de las respuestas tradicionales a la interpelación de “yo habré cometido un crimen pero ¿quién es usted para reprochármelo?” (Duff, 2015) suele venir desde el territorio (“soy la autoridad del lugar donde ocurrieron los hechos”). No obstante, el principio de territorialidad se topa con sus propias fronteras. Así, por una parte, el territorio se “deshilacha en los bordes” (Bosniak, 2007, p. 409) a medida que la práctica de los derechos penales se abre a múltiples formas de extraterritorialidad (podríamos imaginar una jueza estadounidense juzgando un homicidio cometido en el Reino Unido por una ciudadana de su país,⁴ un tribunal neozelandés llamando a rendir cuentas a funcionarios franceses por una obstrucción de justicia operada desde Francia en perjuicio de la investigación por el ataque al *Rainbow Warrior*,⁵ una jueza argentina llamando a indagatoria a funcionarios españoles por crímenes cometidos en España durante el franquismo,⁶ o incluso no imaginar tanto⁷). Por otra parte, aún en aquellos (muchos) supuestos en que el territorio conserva relevancia, la geografía no alcanza para explicar su propia “magia” (Raustiala, 2004), esto es, el poder de la presencia física de uno (y no de otro) lado de una frontera. Finalmente, como dijo Duff, el territorio no es “un asunto de mera geografía: es un asunto político-legal” (Duff, 2018, p. 105).

La teoría de Duff resulta agudamente sensible a la necesidad de la justificación de una autoridad en particular para reprochar ofensas penales y a la insuficiencia de la geografía para responder a esa pregunta. A partir de esta circunstancia, y de la necesidad de justificar la autoridad de un derecho en particular (por ejemplo, del derecho argentino en lugar del derecho en general), la teoría jurídica ensayó diferente tipo de respuestas.⁸ Entre las teorías de la obligación adquirida –como las llamó Waldron (1993) por oposición a las teorías de derecho natural– podemos encontrar al menos tres grandes familias de justificaciones: las teorías del consentimiento –el derecho mexicano tiene

autoridad sobre quienes lo consintieron expresa, tácita o hipotéticamente⁹–, las teorías del “Fair Play” –el derecho mexicano tiene autoridad entre quienes media un interés de reciprocidad beneficios o cooperar– (Simmons, 1979), o las teorías asociativas –el derecho mexicano tiene autoridad sobre quienes son miembros de la comunidad política mexicana– (Dworkin, 1986).

En el debate sobre la autoridad para el reproche y el castigo penal, Duff ofrece una respuesta que se podría calificar de republicana y asociativa. Dentro del arco de variantes del republicanismo penal, Dzur entendió que las ideas de Duff resonaban con aquellas de tipo “integracionistas”¹⁰ que, por oposición a las “aislacionistas”¹¹, entienden que el autogobierno de la comunidad legitima al aparato coercitivo (Dzur, 2012). En esta línea, Duff afirma que podemos reprocharnos y castigarnos mutuamente porque nos encontramos asociados, en concidudadanía, en una misma comunidad política.

Sus trabajos buscan una teoría integral de la práctica del castigo. Sin ánimos de simplificar esa riqueza, y por la sola claridad del argumento que aquí ensayo, creo que una justificación de la autoridad penal como la de Duff puede pensarse como un esquema “meta-penal” en dos pasos.

En primer lugar, Duff identifica *una relación política* que justifica la autoridad penal. Pueden llamarme a rendir cuentas por el incumplimiento de una ley penal por una relación anterior a la que hoy nos encuentra como ofensora y tribunal. Por ejemplo, Duff entiende que esa relación meta-penal proporciona razones –que define como razones relacionales (Duff, 2013, p. 208)– y genera deberes –que llama deberes asociativos (Duff, 2018, p. 128)– para actuar en el ámbito público –que identifica como esfera cívica (Duff, 2018, pp. 102 y 145). De manera más simple: el hecho de relacionarnos genera razones y deberes que nos comprometen a no ofender las reglas que preservan la esfera pública. Me pueden llamar a rendir cuentas por una ofensa penal justamente en virtud de esa relación anterior. Cuando alguno de nosotros viola ese compromiso, la relación política proporciona una autoridad legítima para llamarnos a rendir cuentas mutuamente y eventualmente castigarnos. Desde la concepción duffiana del castigo, la finalidad del juicio y el reproche debe ser comunicativa, lo que supone orientar ambas instancias a que el ofensor comprenda los valores de la acusación y los pueda reconocer como fuentes imaginables de razones para actuar (Duff, 2011, p. 132). El reproche penal resulta legítimo en tanto se asienta sobre una relación política anterior.

En segundo lugar, Duff define esa relación política como una de *membresía ciudadana*. Una justificación asociativa del castigo debe articular en qué consiste esa relación

asociativa meta-penal que la justifica, debe poder articular una teoría de la membresía. Según Duff (y no sólo Duff¹²) esa relación sobre la que se erige la legítima autoridad de todo el aparato coercitivo del Estado tiene un contenido muy preciso: la de *pertenecer a una comunidad de conciudadanía política*. En el modelo republicano, el derecho penal es esencialmente un derecho de la ciudadanía (Duff, 2013, p. 208). Según Duff, es porque pertenecemos a una misma comunidad de conciudadanos con valores compartidos, con una ley que podemos reconocer como nuestra, que esa comunidad después puede reprocharnos ofensas o los males públicos cometidos (Duff, 2011, p. 140). Se me puede atribuir la ley penal por la que me llaman a rendir cuentas, dice Duff, porque es la ley de nuestra comunidad política, la ley que entre ciudadanos “hicimos para nosotros” y la ley que nos “define como comunidad política” (Duff, 2018, p. 118). Nuestra ley.

Así planteada, la comunidad política puede resultar tanto una virtud como un defecto. La comunidad política en la teoría de Duff –como en otro tipo de teorías asociativas– permite identificar a los miembros plenos y a los miembros alienados de una comunidad (Rosenkrantz, 2006), pero, así formulada, no puede explicar la autoridad sobre quienes le son ajenos. No cualquier asociación alcanza como fuente de autoridad. En general, las teorías asociativas articulan los requisitos para que el derecho sea reconocido como propio, permiten identificar lo que el derecho les debe a sus miembros para que lo reconozcan como autoritativo (dependiendo de la teoría, pueden exigir igual respeto y consideración entre sus miembros, participación en la creación de la ley, o instituciones de autogobierno que al menos no se dirijan a excluir a ciertos miembros).

Sin embargo, en este esquema meta-penal de Duff, la membresía política no alcanza a explicar la autoridad del reproche sobre los turistas o los extranjeros residentes.

III. Una teoría insuficientemente general y su dilema

Obviamente, a Duff no se le escapa el hecho de que la membresía resulta una noción inclusiva “pero (¿inevitablemente?) excluyente” (Duff, 2018, p. 121) e intenta resolverlo con la idea de invitados de la comunidad.¹³

El que una teoría resulte simultáneamente inclusiva y excluyente no necesariamente constituye un defecto. De hecho, entiendo que toda teoría de la autoridad para reprochar una ofensa penal debería excluir e incluir al mismo tiempo; en otros términos: toda teoría debería ser simultáneamente particular y general.

El “requisito de particularidad”, como lo llamó Alan John Simmons (1981, p. 31), exige que la teoría dé cuenta de mi vínculo especial con una autoridad jurídica (y no con

otra).¹⁴ Debe poder explicar por qué un jurado argentino excluye o desplaza a tribunales chilenos a la hora de llamarme a rendir cuentas por mis crímenes. Si la autoridad para reprochar surge únicamente de la justicia ínsita en las normas penales (o de su eficiencia) entonces no podría dar cuenta del motivo por el que en septiembre de 2019 estaba obligada por el Código Penal Argentino en lugar del Código Penal de Oaxaca, por ejemplo. Sobre esta preocupación parece gravitar la teoría de Duff.

Pero una teoría de la autoridad del castigo debe, además, ser general y, desde este punto de vista, debe tratarse de una justificación que pueda explicar el poder del derecho sobre todos los individuos que están bajo su alcance, de todos aquellos a quienes debe sujetar. Es en este punto que falla la teoría de Duff. Tal como está formulada hoy, en un esquema meta-penal que comprende una (a) relación política cuyo contenido preciso se identifica con (b) la membresía ciudadana, la justificación de Duff no resulta suficientemente general. Si la autoridad para castigar y reprochar ofensas penales surge de la relación de ciudadanía por la que se me atribuye una ley penal como *mi* ley penal, entonces el reproche y el castigo a los no-ciudadanos quedan desautorizados.

La referencia a la comunidad política permite que la teoría de Duff pueda explicar la particularidad de una autoridad y además identificar los miembros alienados de esa comunidad. El problema, creo, radica en que no logra justificar todas las situaciones que alcanza (y debe alcanzar) esa autoridad particular.

En este sentido, su noción de invitado tampoco logra justificar la autoridad para reprocharle ofensas a turistas y residentes extranjeros de una forma consistente con sus propios postulados teóricos. Duff considera que el rol de invitadas ubica a las personas ajenas a la comunidad “en una particular relación con la ley, una que les otorga una razón relacional distintiva para respetar esa ley” (Duff, 2013, p. 208; véase también: 2015, pp. 28-29). Pero, más allá de esta invocación, no elabora mucho más sobre la naturaleza de esa razón relacional de las visitas y su consistencia con el resto de su teoría.¹⁵ Entiendo que, a partir de una lectura de buena fe, su noción de invitados se podría reconstruir de dos maneras.

Una primera versión podría ser espacial. La idea de personas invitadas a la comunidad podría entenderse como la de aquellas personas que simplemente *están* en la comunidad. Así, mientras los ciudadanos *pertenecen* a la comunidad, los invitados *están* en la comunidad. En su libro más reciente, Duff explica que una comunidad tiene autoridad legítima sobre las ofensas cometidas por sus invitados porque ellos las cometieron en su casa. Todo lo que pase en mi hogar cívico constituye mi asunto, dice Duff (2018, p.

123). Pero lo cierto es que Duff se resiste a una explicación del vínculo de la comunidad y sus visitas como meramente territorial. La idea de las visitas “no significa regresar a un principio geográfico que funde la jurisdicción en la ubicación territorial del delito: el sentido normativo de la jurisdicción sigue siendo la identidad de la ley como la ley de una polis particular, cuyos miembros siguen siendo sus destinatarios primarios” (Duff, 2007, pp. 54-55; véase también: 2010, p. 302, 2018, p. 122). La comunidad, para Duff, no consiste en una mera agregación de intereses en materia de seguridad o de individuos que casualmente se encuentran en el mismo territorio. La comunidad exige un interés colectivo que sea entendido como “nuestro” interés, como valores compartidos, y requiere personas que se vean a sí mismas comprometidas en un proyecto común más allá de “vivir una al lado de la otra” (Duff, 2007, p. 44; véase también: Duff, 2007, p. 54, 2011, p. 137).

Una segunda manera de definir el vínculo que une a las visitas con la ley de la comunidad política podría radicar en la propia ley penal que las protege y las obliga mientras dura su visita. Duff, por momentos, parece inclinarse por esta explicación (Duff, 2011, p. 142, 2013, p. 208, 2015, p. 29, 2018, p. 121). Cuando describe la razón relacional de los invitados sostiene que, así como ellos reciben los beneficios de ser protegidos por la ley penal de la comunidad que los aloja ante las ofensas que pudieren recibir, deben aceptar responsabilidades de esa ley penal a cambio. Pero esta explicación transgrede su propio modelo meta-penal de autoridad punitiva: si la autoridad para llamar a rendir cuentas a las personas invitadas se justifica en la propia ley penal (o en una protección penal que otorgaría), entonces la autoridad sobre las visitas no guarda consistencia con el esquema de autoridad penal de Duff que supone que la justificación del castigo debe encontrarse en una relación política anterior. El propio Duff, al explicitar su teoría general, sostuvo que el derecho penal puede fortalecer esa relación, pero que esa relación debe preexistir, pues nuestro derecho presupone un *nosotros* preexistente, una comunidad (aunque sea aspiracional) también preexistente a quien esa ley le pertenece (Duff, 2011, p. 138).

La solución duffiana de la inmigración como visitas, entonces, se encuentra en conflicto con dos postulados teóricos centrales de su modelo. O bien entendemos a la persona invitada como una protegida y por ende obligada por la ley penal, y entonces hacemos colapsar el esquema meta-penal que caracteriza la justificación del castigo de Duff, esto es, renunciamos a una justificación (política) del reproche penal por fuera del derecho penal; o, por el contrario, entendemos al invitado como aquel que está físicamente en el hogar cívico y entonces diluimos la idea de comunidad política en una

noción territorial.¹⁶

Mi punto es que tal como está formulada hoy la teoría de Duff –fundada en una relación de ciudadanía– no logra alcanzar a los invitados de manera consistente y por ende no resulta lo suficientemente general.

El carácter insuficientemente general de la teoría de Duff constituye un problema normativo central con implicancias empíricas significativas. En el plano normativo si el castigo resulta legítimo sólo y en tanto se funde en una norma que yo pueda reconocer como propia, entonces el castigo impuesto a las personas invitadas en virtud de una ley ajena no puede resultar legítimo (Duff, 2018, p. 121). La relación de las visitas con la ley penal ajena que las llama a rendir cuentas no puede tratarse de “casos peculiares” (Feldman, 2006), destinatarios secundarios de la ley penal (Duff, 2007, p. 55) o excentricidades que escapan, sin mayor elaboración, a la justificación “paradigmática” del castigo (Duff, 2018). Turistas y residentes extranjeros dejan al descubierto los límites de una teoría que funda la autoridad del castigo en la membresía ciudadana. Lejos de tratarse de *casos aislados*, turistas y residentes extranjeros expresan un déficit –como dice Grosman (2006, p. 59)– “estructural” para una teoría de la membresía.¹⁷

Este problema normativo no representa una inquietud meramente teórica. La falta de principios teóricos de la autoridad para el castigo de los extranjeros resulta problemática porque nos impide imaginar el orden y los límites de una práctica relevante en términos empíricos. No me refiero a cuánto representa el reproche penal a las personas extranjeras en la práctica total del castigo sino que entiendo que es relevante porque las consecuencias que se siguen de un delito son más extensas cuando éste es cometido por una persona extranjera, pudiendo llegar hasta la expulsión del territorio que habitan.

Pero, además, la práctica del castigo a las personas extranjeras acarrea un peso simbólico importante en el marco de la convergencia entre el derecho migratorio y el derecho penal que Juliet Stumpf (2006) llamó *crimigración* y que, más allá de sus diferentes raíces históricas en cada nación,¹⁸ tal vez sea uno de los topos definitorios del discurso político. Para mantenernos dentro del ejemplo que eligió Duff, Argentina entreveró la idea de la inmigración con el crimen desde al menos la “Ley de Residencia” 4144 de 1902 sancionada bajo el temor de que la invitación extendida en el Preámbulo de la constitución convirtiera a este país “en la tierra de promisión para todo vagabundo o delincuente que no encuentra cabida en Europa”.¹⁹ Así, inició una tendencia hacia la penalización de la regulación migratoria por tres vías diferentes.²⁰ La primera vía podemos identificarla en la regulación sobre las expulsiones, que se caracterizó por aplicarlas

como consecuencia de conductas definidas tan vagamente como incitar “la abolición de nuestra forma organización social”²¹ o atentar “contra la paz social”²²; expulsiones que, además, eran decididas de forma unipersonal por algún oficial de la administración sin contralor judicial. Según nos respondieron a un pedido de información pública, las disposiciones de expulsión expresan un constante aumento desde, al menos, 2005.²³ La segunda vía se dio en la criminalización de la frontera que pasó de no imponer sanción alguna para los inmigrantes que infringieran la regulación migratoria en la “Ley Avellaneda” 817 (1876)²⁴ a convertir tales violaciones en delito.²⁵ Finalmente, la tercera vía podemos vislumbrarla en la penalización del procedimiento migratorio –sin todas sus garantías– que implicaba, entre otros aspectos, amplias facultades investigativas sin orden judicial,²⁶ la prisión preventiva dispuesta por autoridad administrativa,²⁷ y la falta de revisión judicial de la expulsión.²⁸ Sin confundir este contexto más amplio de la “crimigración” con el fenómeno específico del reproche penal a las personas extranjeras, cabe tenerlo en cuenta para dimensionar el significado que rodea a ese castigo a las personas extranjeras en una comunidad política.

En ese contexto, el carácter insuficientemente general de la teoría meta-penal de Duff lo enfrenta a una disyuntiva relevante: abandonarla o reformularla. El debate así planteado parece dirimirse entre (i) fundar la respuesta punitiva en una noción fuerte de pertenencia a una comunidad en conciudadanía pero dejar sin orientación normativa a las diversas formas de castigo impuestas a las personas extranjeras o (ii) renunciar a una justificación relacional del castigo para todos.

En lo que sigue, ensayaré sobre ambas opciones. Explorando la senda del abandono, criticaré tres alternativas que proponen deshacerse por completo de una justificación del castigo fundada en la ciudadanía y reemplazarla por otros principios. Planteo que, al igual que la teoría de Duff, las tres alternativas también pueden ser observadas como insuficientemente generales. Luego, tomando el camino de la reformulación, propongo que quienes crean que la legitimidad del castigo deba fundarse en una relación política podrían reconsiderar la membresía ciudadana (paso b) como único contenido de la relación política fundante del castigo (paso a) para incluir otros tipos de vínculos de convivencia política. En este sentido, sugeriré algunas líneas iniciales sobre cómo podría darse esa reformulación.

IV. ¿Abandonar la justificación relacional? Alternativas a la justificación

del castigo a personas extranjeras

En busca de una orientación normativa del castigo a las personas extranjeras, Zedner, Yaffe y Chehtman buscaron reemplazar la noción de membresía política o ciudadanía de Duff con explicaciones alternativas.

A. Moradores de Zedner: ampliación de la membresía

Lucía Zedner, desde la academia concentrada en la crimigración, denuncia las limitaciones de la idea de ciudadanía que domina la justificación del castigo.²⁹ Señala que el aspecto territorial del derecho penal “no toma su autoridad de los límites geográficos sino que toma su autoridad de la significancia normativa que tienen las relaciones (soberano-súbdito, contractuales, o comunitarias) que enlazan a todas aquellas personas dentro de una frontera” (Zedner, 2013, p. 47). Según ella, precisamente es esta delimitación relacional la que crea el problema de justificación del reproche al no-ciudadano (Zedner, 2013, p. 47).

Una de las soluciones al problema que una podría imaginar radicaría en ampliar la membresía política a una membresía social; este es el tipo de estrategia que explora Zedner: propone reemplazar la membresía política por la noción de “moradores” (“denizens”) como un estatus híbrido que supera la clasificación binaria entre ciudadanía/no-ciudadanía para comprender a las personas que residen de forma permanente en el territorio y gozan de sus derechos (Zedner, 2013, p. 54).

Haciéndose eco de las observaciones de Zedner, Duff ensaya una respuesta también en esta línea y propone desacoplar la ciudadanía formal de la sustantiva (Duff, 2015, p. 28, 2018, p. 122). Sostiene que, en países con altas restricciones para adquirir la ciudadanía, debería distinguirse la idea de ciudadanía “sustantiva de una formal: en efecto, muchos de quienes no son ciudadanos en el sentido legal lo son en un sentido sustantivo (...) han forjado su vida en ella” (Duff, 2015, p. 28). En este punto –en una nota al pie– Duff se refiere a los extranjeros regulares y a los extranjeros irregulares (Duff, 2015, p. 28), pero se refiere a ellos siempre en un contexto en el cual la adquisición de la ciudadanía se encuentra obstruida.³⁰ La idea de ciudadanía sustantiva (o real por oposición a la formal) es, entonces, una ciudadanía por analogía pero ciudadanía al fin. El derecho penal tiene autoridad sobre los no-ciudadanos en tanto serían ciudadanos de no ser por los grandes obstáculos formales para la adquisición de la ciudadanía.

Sin embargo, la estrategia de ampliar la membresía política a la membresía social, tal

como fue articulada por Zedner y por Duff, encuentra dos objeciones. En primer lugar, ni Zedner ni Duff elaboran en qué consiste el vínculo político entre los moradores y la norma por la que se los llama a rendir cuentas. Sus sugerencias de anclar la atribución de la norma a algún principio liberal o de hospitalidad no logran mantener una justificación de una autoridad particular ni superar los dilemas que supone obedecer una ley ajena, qué sentido de autoría podrían tener los moradores sobre la norma de otros, o cuánto depende la membresía social de la contingencia de que una nación les reconozca más o menos derechos a sus residentes (¿regulares o irregulares?).³¹

En segundo lugar, tal vez el déficit más importante radique en que al definir la relación de asociación que justifica la autoridad punitiva como una entre moradores o de membresía social, la justificación sigue siendo insuficiente para explicar supuestos que el derecho debería alcanzar. La idea de ciudadanía sustancial de Duff explica la autoridad sobre las personas extranjeras a pesar de sí mismas, pero no sobre las extranjeras por propia decisión: aquellas que no quieren dejar su nacionalidad de origen en contextos en que resulta relativamente sencillo adquirir la ciudadanía. A su vez, la idea de moradores de Zedner tampoco alcanza a justificar la autoridad para reprocharle una ofensa a una turista. El límite entre ciudadanía/no-ciudadanía resulta simplemente reemplazado por otra dualidad como moradores/no-moradores.

B. Visitantes de Yaffe: un salto al consentimiento

Otra forma de pensar la relación entre la ley de la comunidad y sus visitas podría ser el consentimiento: a las visitas las puedo llamar a rendir cuentas por una ley ajena en tanto la consintieron.

Tal vez entre las propuestas más sofisticadas y comprometidas con principios democráticos se encuentra la de Gideon Yaffe. En su defensa por la lenidad en el castigo para los niños, Yaffe también se dedica a los extranjeros. En esa oportunidad, sostiene que a los niños les deberíamos “un respiro” porque no pueden votar las leyes cuya violación les reprochan.³² Ese argumento de “no son mis leyes” podría estirarse y llevar lenidad a otros grupos que no votan. Como a las personas extranjeras. Pero Yaffe traza límites: a diferencia de otros no-votantes, las visitas consintieron no objetar la autoridad de las leyes del país que visitan. Su punto central es que parte de la condición de ingreso a un país supone el aceptar la autoridad de la norma que le impide objetar que las leyes le sean aplicables porque “no son sus leyes” (Yaffe, 2018, p. 193). Esta condición obliga a las visitas a decidir entre retirar sus objeciones democráticas o repudiar su estatus como

visita. Yaffe agrega que no “cre[e] que esta es una elección genuina” (Yaffe, 2018, p. 193).

Como Duff, Yaffe recurre a la analogía doméstica cuando llega la hora de cuadrar la teoría democrática de la justificación del castigo con la cuestión del reproche a los inmigrantes: “así como una visita a una casa violaría las reglas de etiqueta si objetara las reglas de la casa porque esta casa no es suya, es impermisible que una visita a un país se queje de que las leyes (...) no son suyas” (Yaffe, 2018, p. 191).

Para quienes empezaban a preguntarse por los inmigrantes irregulares, agrega que no hay ninguna implicancia especial para ellos, pues en este punto están en la misma posición que los visitantes regulares. La cuestión, para Yaffe, no está dada por la legalidad del ingreso sino por “su presencia en nuestra tierra”. En este sentido, la presencia voluntaria en esta tierra funciona como una renuncia tácita a cuestionar la autoridad del lugar (Yaffe, 2018, p. 194).

Sin embargo, la concepción de la inmigración como una visita que consiente no objetar la autoría de reglas ajenas también encuentra dos objeciones. En primer lugar, la idea de la inmigración como una elección genuina no parece reflejar todos los supuestos. Por una parte, la elección genuina no refleja los vínculos políticos de la inmigración arraigada por extensos períodos de tiempos. La idea de renunciar a cuestionar la autoridad de normas ajenas parece funcionar para explicar los vínculos de la ley con los turistas, pero no con aquellas personas extranjeras con quienes compartimos una cohabitación prolongada. Incluso el consentir una autoridad ajena podría reflejar la dinámica de una inmigración que recién se asienta, pero a medida que pasa el tiempo y se desarrolla un vínculo con la comunidad, la posibilidad de que la mera presencia territorial alcance para consentir una autoridad ajena parece desdibujarse. En esos casos la idea de consentir normas ajenas y la renuncia a protestar la ilegitimidad de una autoridad ajena no reflejará el fenómeno en su real dimensión. Por lo demás, y más allá de que en muchas personas que migran puede rastrearse alguna instancia en la que eligen hacerlo aun condicionadas por circunstancias impuestas y más o menos propulsadas por necesidades que acotan la decisión de volver sobre sus propios pasos, hay otros supuestos en que la elección claramente no puede calificarse de genuina. Keerthana Annamaneni señala como ejemplos los supuestos de exilio, asilo, refugio y apatridia.³³

En segundo lugar, la solución de Yaffe no articula cómo conviven dos fuentes diferentes de autoridad del castigo: los ciudadanos pueden exigir cierta autoría de las normas sobre las que se funda el reproche penal mientras a las visitas se les infiere un

consentimiento a partir de su presencia en la tierra que visitan.³⁴ La idea de una elección genuina de las visitas de ingresar (regular o irregularmente) al territorio de otros y consentir la autoridad de un sistema de normas suena a autogobierno, pero no lo alcanza en toda su dimensión pues no deja de referirse a consentir la autoridad de normas ajenas, escritas por otras personas con quienes no hay un vínculo de ciudadanía. Si el autogobierno exige una oportunidad de autoría sobre las leyes para poder hacerlas propias y reconocerlas como legítimas entonces la idea de una “elección genuina” de no objetar la autoridad de la norma ajena no alcanza por sí sola para conformar esos estándares democráticos.

C. Beneficiarios de Chehtman: un salto al Fair Play

Una tercera forma de definir el vínculo de los invitados con la autoridad ajena podría anclarse en la presencia territorial. Como vimos, Duff se resiste a una explicación que “regrese al principio de territorialidad” (Duff, 2007, p. 54; véase también: 2010, p. 302, 2018, p. 122) pero tal vez valga la pena explorar algún significado alternativo en la presencia territorial.

Alejandro Chehtman elabora una justificación del castigo justamente de este tipo. Después de señalar que la noción de invitado de Duff expone la insuficiencia del vínculo de ciudadanía para justificar el castigo a las personas extranjeras (entre otros supuestos), propone renunciar a un fundamento del reproche penal basado en una relación política.³⁵ Chehtman cree que Duff “subestima la significancia moral de estar junto a otros” en un mismo territorio, aunque sea de forma circunstancial (Chehtman, 2010, p. 440). A su entender el poder de castigar en un sentido hohfeldiano (Chehtman, 2013, pp. 34-57) se funda en el “interés colectivo de los individuos *en* ese Estado en que sus normas jurídico-penales estén en vigor” (Chehtman, 2013, p. 61, la cursiva es mía), que a su vez se justifica en que el sistema penal vigente contribuye “a su sensación de dignidad y seguridad” (Chehtman, 2013, p. 68). El territorio cumple la función crucial de identificar a los individuos cuyos intereses justifican el poder de castigar (Chehtman, 2010, p. 448).³⁶

Los trabajos de Chehtman recorren un camino poco común: en lugar de proponer una justificación del castigo y luego acomodar los casos excéntricos, construyen su principio a partir de una reflexión sensible a esos márgenes del derecho penal. Pero creo que su planteo podría encontrar dos objeciones. En primer lugar, no queda claro cuánto escapa a la explicación política y meta-penal del castigo a la que su teoría dice reempla-

zar con una explicación territorial y puramente penal. Sostiene que el poder punitivo se justifica en el interés en el propio sistema punitivo vigente en un territorio,³⁷ pero al recurrir al interés en un orden vigente, su teoría escapa a una noción meramente territorial y parece reflejar una preocupación por cierta convivencia política. La “significancia moral” de la convivencia a la que él se refiere (Chehtman, 2010, p. 440) es también una significancia política.

Como dijimos al comienzo, el territorio es en sí mismo una noción político-legal, la geografía no explica su propia “magia” (Raustiala, 2004). Por otro lado, cuando Chehtman recurre al interés colectivo convivencial también explica al territorio más allá de sí mismo; más allá de que afirme que “no es necesaria ninguna relación particular” (Chehtman, 2013, p. 219) entre una acusada y quien la llama a rendir cuentas, en su referencia al interés colectivo en un orden de convivencia sí se insinúa una relación entre la acusada y la norma cuya violación se le reprocha. Ese propio interés colectivo entre convivientes parece encuadrarse en una relación de índole política que explica la atribución de la norma sobre la que se funda el reproche a las personas extranjeras en el territorio.

En segundo lugar, si bien la idea de interés-beneficio del sistema penal resulta más general que la idea de ciudadanía de Duff, en tanto explica más supuestos de aquellos alcanzados por el poder punitivo, lo cierto es que como él mismo reconoce “cabe admitir la posibilidad de que alguien no se beneficie de un bien público determinado y, también, de que algunos se beneficien más que otros” (Chehtman, 2013, p. 76). Por ello, se podría objetar que su teoría tampoco tiene un alcance suficientemente general. Resulta que el interés en un sistema en vigor dependerá de la comparación con otros escenarios imaginables que podrían arrojar intereses más relevantes.³⁸

V. ¿Reformular la justificación relacional del castigo? Una teoría sin singularidad de fundamento

La falta de generalidad de una teoría asociativa fundada en la membresía ciudadana podría conducir a abandonarla por completo y recurrir a otra teoría de la autoridad fundada en el consentimiento o en el “Fair Play” pero que, como vimos, puede contar también con sus propias limitaciones.

Creo que, para quienes entiendan que la autoridad para castigar surge de una relación política anterior, una forma de escapar del dilema que supone el déficit de generalidad que acarrea la ciudadanía se encuentra en renunciar a la pretensión de que la membresía

política constituya el único fundamento por el que se puede atribuir una norma penal. Lo cierto es que a quienes habitamos un territorio político nos unen distintos grados y tipos de relaciones políticas de convivencia. Tal vez el problema no sea la membresía política sino pretender que ella sea la única fuente de autoridad del castigo.³⁹ Esto es, podríamos reformular el segundo paso (b) del esquema meta-penal de Duff de manera que el contenido preciso de la relación política en que se funda el reproche pueda dar cuenta de otros vínculos políticos que unen a quienes cohabitamos el mismo territorio.

Otros autores también defienden la pluralidad de fundamentos de la autoridad ya sea en la teoría de la migración (Song, 2016)⁴⁰ o en la teoría penal (Lorca, 2020, y Yaffe, 2020). En su trabajo más reciente sobre el castigo a los no-ciudadanos, Yaffe parte de la premisa de que la práctica central del derecho penal, el llamar a rendir cuentas, exige que la norma por la que se me llama a rendir cuentas me sea atribuible; pero, explica, una norma me puede ser atribuida en razón de diversos criterios (Yaffe, 2020, p. 357).⁴¹ Por otra parte, y desde una concepción asociativa similar a la de Duff, Lorca (2018 y 2020)⁴² también combina fundamentos del castigo al señalar que, respecto de las personas ciudadanas, el reproche penal sólo resulta legítimo cuando media una relación de membresía política que satisface requisitos procedimentales y sustantivos;⁴³ pero en cambio, respecto de los turistas, y a pesar del “obvio déficit en la relación política” con ellos, el castigo encuentra un fundamento legítimo en el mero consentimiento: las visitas consienten –al menos tácitamente con su presencia– normas e instituciones ajenas (Lorca, 2020).⁴⁴

En la senda de una justificación del castigo sensible a los vínculos políticos, una explicación meta-penal como la Duff podría reformularse de manera que (a) el castigo mantenga una justificación anclada en una relación asociativa y política, pero (b) cuyo contenido preciso no se circunscriba a la membresía ciudadana sino que se complemente con otros criterios que puedan dar cuenta de los diferentes vínculos que nos unen a quienes cohabitamos un mismo territorio político.

Sin embargo, se podría objetar que una teoría de este tipo, en realidad, no es una teoría sino un simple popurrí de distintos criterios. Si el reproche se puede justificar en diferentes principios (“Fair Play” y asociación, o membresía y consentimiento, por imaginar combinaciones posibles), ¿qué explica que a las ciudadanas, por ejemplo, sólo se les puedan atribuir las normas que pueden reconocer como propias bajo algún criterio de membresía y no las que simplemente consienten con su presencia en el territorio? Bajo el arco de las teorías asociativas, los turistas y los extranjeros residentes exigen una mayor elaboración sobre la idea de membresía, una elaboración que explique cuándo se

debería reconocer la membresía y cuándo la ciudadanía no resulta un criterio relevante para atribuir la norma cuya violación origina el reproche. Esto es, debería poder explicar las categorías de los miembros y de los miembros alienados, pero también de los ajenos.

Aquí sugiero dos pautas que se podrían tener en cuenta para reformular una teoría asociativa de la justificación del castigo como la de Duff a fin de que pueda explicar cuándo resulta relevante (y cuándo no) la membresía ciudadana: el grado de dependencia y el grado de participación. Ambas pautas podrían tener puentes entre diferentes fuentes de autoridad a las que se recurre para atribuir la ley de una comunidad política y llamar a rendir cuentas por su infracción de manera que la justificación del castigo alcance a la generalidad de personas que una ley sujeta bajo su jurisdicción local.

Esta propuesta no pretende agotar el esfuerzo que supone elaborar una justificación acabada del reproche y el castigo, ni siquiera resolver por completo la falta de generalidad de la teoría de Duff tal como fue expuesta hasta hoy. Simplemente ensaya el comienzo de una reconstrucción teórica que atienda ese déficit que aquí se le objeta. Veamos ambas pautas.

A. Nivel de dependencia

Una teoría de la autoridad del castigo de tipo asociativa como la de Duff exige que la ley de la comunidad sea mi ley. Otras teorías también exigieron que seamos hacedores de sus instituciones y de sus normas o que nuestros intereses puedan ser tomados en cuenta por esas instituciones (Gargarella, 2016; Rosenkrantz, 2006).

Ahora bien, esa agencia sobre la definición de las instituciones de nuestra comunidad puede estar atendiendo a la relativa falta de agencia sobre la comunidad que nos toca. Al final, no elegimos dónde nacer. *Mi* pertenencia a la comunidad resulta en algún sentido en una dependencia de esa comunidad: allí tengo lazos de arraigo que hacen que sea relativamente difícil abandonar esa comunidad (por supuesto, no necesariamente imposible, en algunas oportunidades hasta podré adquirir ciudadanía en otra comunidad). En cambio, cuando viajo como turista mi vínculo respecto de la comunidad que visito pasa a caracterizarse por su baja dependencia. Dependencia, entonces, aquí se entiende como la relativa dificultad para salirse de la relación con la comunidad que me llama a rendir cuentas. No se identifica con la afectación de una comunidad en mi plan de vida – que Lorca (2020) llama el volumen de interacciones– sino con mi relativa dificultad para abandonar esa relación con la comunidad.

En su debate con Philip Pettit, Frank Lovett planteó que una concepción de la dominación debe ser sensible al “nivel de dependencia” o el costo de salirse de esa relación social (Lovett, 2010, p. 40). A partir de este concepto, Meghan Benton (2010, p. 122) plantea que tanto ciudadanos como refugiados, por ejemplo, dependen en un sentido relevante de la comunidad que habitan (en tanto resulta relativamente difícil abandonarla).⁴⁵ Más allá del debate entre republicanos sobre qué supuestos constituyen casos de dominación y cuales no, la idea de dependencia puede explicar cuándo resulta relevante la pertenencia a la comunidad política como condición de autoridad y cuándo otro principio más lábil de atribución de la norma puede alcanzar para justificar la autoridad del reproche (ya sea el común interés en la cohabitación o el consentimiento tácito a una autoridad ajena). De esa manera la turista deberá responder por sus ofensas a la comunidad que visita porque la ley que infringió le es atribuible por algún principio más débil (como el interés común de la cohabitación o el consentimiento tácito) en función del bajo nivel de dependencia de la relación que la unía con la comunidad. En cambio, a medida que pasa el tiempo, los residentes no-ciudadanos desarrollan arraigo y el volumen de sus interacciones sociales y públicas con la comunidad crece. El tiempo y el volumen de las interacciones (Lorca, 2020) incrementan el nivel de dependencia de los residentes no-ciudadanos respecto de la comunidad que habitan. El tiempo los hace miembros de la comunidad social a pesar de su ajenidad política. En algún momento, la fuente de autoridad que supo alcanzar sobre los ajenos podría devenir insuficiente para atribuir una ley hecha por otros y para otros en una comunidad de la que pasé a depender en algún sentido relevante (Rubio-Marín, 2000). De esta manera el vínculo que me une con la comunidad que me llama a rendir cuentas importa, pero será definido en función de mi dependencia a esa comunidad.

Una sensibilidad a la dependencia podría explicar parte de los razonamientos de la teoría de Duff como de otras teorías republicanas y democráticas. Por ejemplo, la dependencia podría resonar con las preocupaciones de Duff cuando indica que su idea de ciudadanía comprende una fácil de ganar “y difícil de perder” (Duff, 2010). El principio de dependencia también podría explicar las diferencias trazadas por Robert Dahl respecto de los turistas. Recuérdese que Dahl planteaba que sólo podía predicarse la democracia de un sistema en el que todos aquellos sujetos a la ley tuvieran una decisión sobre ella,⁴⁶ pero en seguida exceptuaba de esa regla a los transeúntes que como los turistas “dejarán la comunidad antes de que las leyes los sujeten” (Dahl, 1989, p. 122). En esta línea, Ruth Rubio Marín (2000, p. 31) también parece hacerse eco de la dependencia cuando propone que la comunidad política tienda a incluir a la comunidad social y la residencia extendida en el tiempo ya que ofrece un mejor sentido de afectación que la mera sujeción a las normas.

B. Nivel de participación

El déficit de generalidad de la teoría del castigo de Duff para incluir a los no-ciudadanos se monta sobre una paradoja anterior que Seyla Benhabib entendió como inevitable (Benhabib, 2004, p. 177): los ajenos no escriben las reglas de exclusión que los definen como tales. Mientras la paradoja conduce a algunas voces a abogar por robustecer los derechos de los inmigrantes,⁴⁷ Benhabib se enfoca en otro aspecto y propone redefinir la propia idea de autoría de manera que dé cuenta de las diferentes formas en que se puede crear el derecho de la comunidad más allá del sufragio y a los distintos procesos mediante los cuales una comunidad se autoconstituye (Benhabib, 2004). Así, invita a una comprensión más fluida y “porosa” de la distinción entre ajenos y propios (Benhabib, 2004, pp. 177, 216, 221) y llama a estos procesos “iteraciones democráticas” (Benhabib, 2004, p. 19).

A partir de una concepción democrática más amplia que la instancia del voto político, se podría dar cuenta de las diferentes formas en que participamos de la creación de nuestras normas y hacemos que nuestros intereses sean tenidos en cuenta.

Retomemos el caso argentino que cita Duff pero a la luz de estos diversos mecanismos de participación democrática. En Argentina, la ley 25.871 de migraciones (2004) marcó algunas rupturas con el pasado de la regulación migratoria pero, sobre todo, una ruptura con la histórica ausencia de participación democrática en la demarcación de la frontera interna y externa.⁴⁸ Si bien, como anuncia el Preámbulo constitucional que llamó la atención del Profesor de Stirling, la crimigración no existió siempre en Argentina, la fusión entre la regulación migratoria y la penal lleva algo más de un siglo. Ya en los debates que precedieron la reforma constitucional de 1898, la idea de la inmigración como necesaria para la construcción del Estado-Nación comenzó a competir con la visión de la inmigración como su amenaza⁴⁹ y, como vimos, a principios del siglo XX esa resistencia a ciertas visitas se plasmó en normas concretas.

En contraste con esa historia, la ley 25.871 expresó algunas rupturas: (i) en cuanto a las expulsiones precisó que debían ser consecuencia de conductas previamente tipificadas como delito⁵⁰; (ii) respecto de la criminalización de la frontera protegió los derechos laborales de los inmigrantes irregulares⁵¹; y (iii) en cuanto a la penalización del proceso redujo el universo de obligados a denunciar la irregularidad de migrantes, impuso que la prisión preventiva a la expulsión sea ordenada judicialmente y, a su vez, que las expulsiones fueran revisadas judicialmente.⁵²

Pero el contraste que marcó la ley 25.781 respecto del pasado no se dio sólo en cómo se reguló la migración sino en quiénes participaron de la adopción de esa norma. El pasado de severidad migratoria fue, como otros ámbitos regulatorios en la historia argentina, el resultado de decisiones de deficientes o nulas credenciales democráticas. En cambio, con sus déficits y sus sombras, la ley 25.871 fue el resultado de años de trabajo de la ciudadanía y de las organizaciones de migrantes en el país. Las objeciones a la norma anterior (decreto-ley “Videla” 22.439 de 1981) se habían acumulado a lo largo del tiempo⁵³, hasta que, en 1996, las organizaciones no gubernamentales que trabajaban por los inmigrantes canalizaron sus preocupaciones en la formación de una “Mesa de organizaciones en defensa de los derechos de los inmigrantes”.⁵⁴ Con ese objetivo, distribuyeron a distintos Diputados un documento que exponía los problemas de la normativa vigente hasta ese entonces.⁵⁵ En entrevistas individuales, protagonistas de la “Mesa” relataron cómo el proceso de creación de la ley de migraciones de Argentina fue el resultado de interacciones con organismos internacionales⁵⁶ y organizaciones locales de migrantes; relataron que participaron organizaciones locales como CAREF que “la consideraban de “extranjeros”, o sea: “somos nosotros, pero es de extranjeros”, pero también “las organizaciones de migrantes [que] adquieren fuerza por dos lados: una [...], viene del lado de los peruanos y la otra línea de los migrantes [...] de un migrante que se llama Celestín Nengumbi [que] nos formateó a nosotros”.⁵⁷ En 2002, la Comisión de Población de Diputados convocó a una audiencia pública de la que participaron más de ciento cincuenta personas, entre ellas personas extranjeras.⁵⁸ En 2004 finalmente se sancionó la ley 25.871 que, más allá de los cuestionamientos que puedan efectuársele, es una regulación migratoria precedida, por primera vez en mucho tiempo, de un debate democrático y con participación de inmigrantes. La sensibilidad por las diferentes maneras de participación democrática no pretende subestimar la importancia cúlmine del sufragio en una democracia, simplemente quiere resaltar que la democracia comprende también otras formas de participación política más allá del acto comicial.

VI. Conclusión

Una teoría de la justificación del castigo como la de Duff, fundada en la membresía ciudadana, no alcanza a explicar el reproche penal a los no-ciudadanos. A diferencia de otras críticas que concluyen en la necesidad de abandonar una justificación relacional del castigo, este artículo sugirió que el déficit de generalidad que padece la teoría de Duff podría subsanarse si se reformula el tipo de relación política que da lugar al reproche punitivo legítimo de manera tal que pueda dar cuenta de los distintos vínculos que

nos unen a quienes convivimos en un territorio político. La justificación “meta-penal” de Duff podría mantener una fundamentación anclada en una relación política previa (paso a), pero cuyo contenido preciso no se circunscriba a la membresía ciudadana (paso b) sino que comprenda también otros criterios que reflejen los diferentes vínculos que unen a quienes cohabitamos un mismo territorio político.

Para que esa reformulación no se diluya en un conjunto de criterios distintos e incoherentes, se propuso tener en cuenta (al menos) dos pautas que pueden explicar cuándo la membresía ciudadana resulta relevante y cuándo no para justificar el castigo. A partir de ambas pautas, la del nivel de dependencia y la del nivel de participación democrática, podría modificarse el esquema meta-penal de justificación del castigo en la teoría de Duff de manera que pueda dar cuenta de las diferentes formas en que cohabitamos un territorio político y en cuya virtud se nos pueden atribuir sus normas. Así, mayores grados de dependencia comunitaria podrían explicar la necesidad de satisfacer cierto nivel de participación en la autoría de la norma por la que se me llama a rendir cuentas. En cambio, menores grados de dependencia podrían explicar que criterios más lábiles de atribución de la norma –como renunciar a cuestionar la autoridad ajena o el interés en una cohabitación ordenada– alcancen para satisfacer los recaudos de un reproche penal legítimo.

En este artículo no pretendo ofrecer una teoría última y acabada de la autoridad del castigo; sólo argumento que esa teoría debe poder justificar a todos aquellos a quienes debe alcanzar y propongo pautas para comenzar a pensar una reformulación de una justificación relacional del castigo que pueda incluir tanto a las personas ciudadanas como a quienes no lo son. Habitar un territorio, en última instancia, también es habitar una relación política.

Referencias bibliográficas

- Annamaneni, Keerthana. 2020. «Towards a Theory of Leniency for Immigrants». *Inquiries Journal* 12(4). <http://www.inquiriesjournal.com/a?id=1783>.
- Anscombe, Elizabeth. 1990. «On the Source of the Authority of the State», en J. Raz (ed.) *Authority*. New York: New York University Press, pp. 142-173.
- Asa, Pablo, y Pablo Ceriani. 2004. «Derechos de Migrantes, Solicitantes de Asilo y Refugiados», en *Derechos Humanos en Argentina Informe Anual*. Buenos Aires: CELS, pp. 477-505.

- Beade, Gustavo A., y Rocío Lorca. 2017. «¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social». *Isonomía* 47: 135-164.
- Beguerie, Delfina. 2019. «Comentario al artículo 14», en R. Gargarella y S. Guidi (eds.) *Constitución de la Nación Argentina Comentada*. Buenos Aires: La Ley, pp. 203-226.
- Beguerie, Delfina, y Sergio Giuliano. 2019. «Comentario al artículo 25», en R. Gargarella y S. Guidi (eds.) *Constitución de la Nación Argentina Comentada*. Buenos Aires: La Ley, pp. 899-904.
- Benhabib, Seyla. 2004. *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Benton, Meghan. 2010. «A Theory of Denizenship». PhD in Political Science at the Department for Political Science, University College London.
- Bohman, James. 2005. «From *Demos* to *Demoi*: Democracy across Borders». *Ratio Juris* 18(3): 293-314. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2005.00300.x>
- Bosniak, Linda. 2007. «Being Here: Ethical Territoriality and the Rights of Immigrants». *Theoretical Inquiries in Law* 8(2): 389-410.
- Cané, Miguel. 1899. *Expulsión de Extranjeros (apuntes)*. Buenos Aires: Sarrailh.
- Chehtman, Alejandro. 2010. «Citizenship v. Territory: Explaining the Scope of the Criminal Law Special Issue: Citizenship and Criminalization». *New Criminal Law Review* 13(2): 427-448. <https://doi.org/10.1525/nclr.2010.13.2.427>
- _____. 2013. *Fundamentación filosófica de la justicia penal extraterritorial*. Madrid: Marcial Pons.
- Cigüela Sola, Javier. 2015. «Derecho penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido». *Isonomía* 43: 129-150.
- Correa, Victoria. 2004. «La nueva ley de migraciones y la participación de las organizaciones de la sociedad civil», en R. Giustiniani (coord.) *Migración, un derecho humano: ley de migraciones n° 25.871*. Buenos Aires: Prometeo, pp. 173-177.
- Courtis, Corina. 2006. «Hacia la derogación de la Ley Videla: la labor parlamentaria en materia migratoria en la Argentina de los 90», en E. Jelin y A. Grimson (comps.) *Migraciones regionales hacia la Argentina. Desigualdad y derechos*. Buenos Aires: Prometeo, pp. 169-206.

- Courtis, Corina, y María Inés Pacceca. 2007. «Migración y derechos humanos: una aproximación crítica al “nuevo paradigma” para el tratamiento de la cuestión migratoria en la Argentina». *Revista Jurídica de Buenos Aires: Número Especial sobre Derechos Humanos*: 183-200.
- Dahl, Robert A. 1989. *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press.
- Duff, Antony. 2007. *Answering for Crime : Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Portland, Oregon: Hart Publishing.
- _____. 2010. «A Criminal Law for Citizens». *Theoretical Criminology* 14(3): 293-309.
- _____. 2011. *Responsibility, Citizenship, and Criminal Law*. New York, Oxford University Press.
- _____. 2013. «Relational Reasons and the Criminal Law», en L. Green y B. Leiter (eds.) *Oxford Studies in Legal Philosophy*, vol. 2. Oxford: Oxford University Press, pp. 175-208.
- _____. 2015. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Trad. de Horacio Pons. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- _____. 2018. *The Realm of Criminal Law*. New York: Oxford University Press.
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Mass: Belknap Press.
- Dzur, Albert W. 2012. «Participatory Democracy and Criminal Justice». *Criminal Law and Philosophy* 6(2): 115-29.
- Feldman, Noah. 2006. «Cosmopolitan Law?». *Yale Law Journal* 116(5): 1022-1071.
- Ferrajoli, Luigi. 2013. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- Fiss, Owen M. 1999. «New Democracy Forum: The Immigrant as Pariah». *The Boston Review, New Democracy Forum*, October/November 1998. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=148488.
- Gargarella, Roberto. 2016. *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Giustiniani, Rubén (coord.) 2004. *Migración, un derecho humano: ley de migraciones n° 25.871*. Buenos Aires: Prometeo.
- Grosman, Lucas. 2006. «Algunas reflexiones acerca de la teoría de la membresía». *Revista Discusiones* 6: 59-88. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2006.2613>

- Hines, Barbara. 2010. «The Right to Migrate as a Human Right: The Current Argentine Immigration Law». *Cornell International Law Journal* 43(3): 471-511.
- Lorca, Rocio. 2018. «Punishing the Poor and the Limits of Legality». *Law, Culture and the Humanities*. July. <https://doi.org/10.1177/1743872118789985>
- _____. 2020. «Las fronteras del derecho a castigar. Consideraciones sobre la legitimidad del castigo a extranjero». en L. Mayer Lux y T. Vargas Pinto (coords.) *Mujeres en las Ciencias Penales*. Thomson Reuters, pp. 243-264.
- Lovett, Frank. 2010. *A General Theory of Domination and Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Martí, José Luis, Roberto Gargarella, y Félix Ovejero Lucas (coords.) 2003. *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. España: Paidós Ibérica.
- Novick, Susana. 2004. «Una nueva Ley para un nuevo modelo de desarrollo en un contexto de crisis y consenso», en R. Giustiniani (coord.) *Migración, un derecho humano: ley de migraciones n° 25.871*. Buenos Aires: Prometeo.
- Oteiza, Enrique, Susana Novick, Juana Kweitel, Corina Courtis y Fernanda Longo. 2000. «Inmigrantes y refugiados», en *Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual 2000*, CELS, pp. 286-342.
- Pettit, Philip. 2004. «Depoliticizing Democracy». *Ratio Juris* 17(1): 52-65. <https://doi.org/10.1111/j.0952-1917.2004.00254.x>
- Quinteros, Daniel, Roberto Dufraix, y Romina Ramos. 2021. «Criminalización de las migraciones», en C. Jiménez Zunino y V. Trpin (coords.) *Pensar las migraciones contemporáneas*. Teseopress, pp. 71-79.
- Raustiala, Kal. 2004. «The Geography of Justice». *Fordham Law Review* 73(6): 2501-2560.
- Rekers, Romina. 2020. *La democratización republicana del castigo: más allá del populismo y el elitismo penal*. Córdoba: Editorial de la UNC.
- Rosenkrantz, Carlos. 2006. «La autoridad del derecho y la injusticia económica y social». *Discusiones* 6: 17-57. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2006.2612>
- Rubio-Marín, Ruth. 2000. *Immigration as a Democratic Challenge: Citizenship and Inclusion in Germany and the United States*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

- Scarzanella, Eugenia. 2004. *Ni gringos ni Indios. Inmigración, criminalidad y racismo en Argentina. 1890-1940*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.
- Simmons, Alan John. 1979. «The Principle of Fair Play». *Philosophy & Public Affairs* 8(4): 307-337.
- _____. 1981. *Moral Principles and Political Obligations*. Princeton: Princeton University Press.
- Song, Sarah. 2016. «The Significance of Territorial Presence and the Rights of Immigrants», en S. Fine y L. Ypi (eds.) *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership*. Oxford: Oxford University Press, pp. 226-248.
- Stumpf, Juliet P. 2006. «The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power». *American University Law Review* 56(2): 367-419.
- Waldron, Jeremy. 1993. «Special Ties and Natural Duties». *Philosophy & Public Affairs* 22(1): 3-30.
- Walzer, Michael. 1983. *Spheres of Justice: a Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books.
- Wringe, Bill. 2021. «Punishing Noncitizens». *Journal of Applied Philosophy* 38(3): 384-400. <https://doi.org/10.1111/japp.12453>
- Yaffe, Gideon. 2018. *The Age of Culpability: Children and the Nature of Criminal Responsibility*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- _____. 2020. «Punishing Non-Citizens». *Criminal Law and Philosophy* 14(3): 347-364. <https://doi.org/10.1111/japp.12453>
- Zedner, Lucia. 2013. «Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment», en K. Franko Aas y M. Bosworth (eds.) *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*. New York: Oxford University Press.

Agradecimientos

Agradezco los comentarios de Romina Rekers, Gustavo Beade, Fernando Braccacini, Sebastián Guidi y también los de los evaluadores anónimos de la revista. Los errores que subsisten, por supuesto, son mi responsabilidad. Las traducciones también son propias. Este artículo es el resultado de una presentación de 2019 en el Seminario sobre republicanismo y derecho penal organizado por el Proyecto UBACYT “La filosofía política del republicanismo y el derecho penal”.

Notas

- 1 Duff cita al preámbulo argentino en *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad* (Duff, 2015, p. 29) y luego también lo hará en *The Realm of Criminal Law* (Duff, 2018, p. 122).
- 2 Preámbulo de la Constitución Argentina. Le agradezco a Gustavo Beade por esta historia.
- 3 Como señala Rocío Lorca (2020), Anscombe (1990, p. 163) también había deslindado la cuestión sobre cuándo está permitido imponer un castigo del asunto de quién tiene el poder de imponerlo.
- 4 Suprema Corte de Estados Unidos, *Reid v. Covert* 354 U.S. 1 (1957), en el que el Juez Black llegó a afirmar que el territorio era una “reliquia de otra era”.
- 5 Jeremy Waldron (1993) imagina este supuesto a partir del *Rainbow Warrior affair*.
- 6 Centro de Información Judicial, 31 de octubre de 2014, “Lesada humanidad: la jueza Servini de Cubría ordenó la detención de 20 imputados por crímenes cometidos durante el franquismo”.
- 7 Ya sea que recurra al principio de protección, al de nacionalidad, el de personalidad pasiva, o incluso el de jurisdicción universal, el reproche punitivo se expande para alcanzar personas y hechos más allá de sus fronteras.
- 8 No estoy identificando la autoridad del derecho con la autoridad del castigo, pero en los debates en una y otra arena por momentos se encuentran argumentos y obstáculos similares.
- 9 Noah Feldman (2006) señala las diferencias entre la visión de Locke sobre el consentimiento tácito y la de Kant sobre el consentimiento hipotético.

- 10 Entre los “integracionistas” ubica a John Braithwaite, Nils Christie y Howard Zehr; podríamos sumar allí a otros como Martí o Gargarella (Martí *et al.*, 2003; Gargarella, 2016).
- 11 Los “aislacionistas” abogan por abstraer al derecho penal de la influencia del debate público. Allí Dzur ubica a Nicola Lacey, Philip Pettit y Franklin Zimring. Philip Pettit (2004), por ejemplo, propone que la política criminal quede en manos de un organismo conformado por expertos, similar a un banco central, y aislado de la pasión popular. Desde otra discusión teórica, Ferrajoli (2013) llega a conclusiones similares a las de Pettit en este punto.
- 12 Véase, por ejemplo, Lorca, 2018; Martí *et al.*, 2003, p. 30.
- 13 La idea de invitados aparece en sucesivas publicaciones (Duff, 2011, p. 141, 2013, p. 208, 2015, p. 29, 2018, p. 121). La tensión inclusiva-excluyente de la idea de miembros de la comunidad cívica también resulta un problema para versiones republicanas más preocupadas por una democracia que promueva la participación deliberativa (Martí *et al.*, 2003).
- 14 Su requisito de particularidad resulta pertinente para nuestro análisis si bien cabe tener en cuenta que Simmons está preocupado primordialmente por las obligaciones políticas, una cuestión sobre la que “cabalga” la autoridad del derecho –como ha dicho Dworkin (1986, p. 191)– pero que resulta diferente.
- 15 En general, se limita a afirmar que no es el lugar para desarrollarla (Duff, 2007, p. 54), lo cual deja espacio para que quienes se sientan atraídos por Duff o el republicanismo hagan sus propios aportes. Aquí sólo me limito a señalar la necesidad de explorar ese camino.
- 16 Para una crítica similar, véase Chehtman, 2010, y Wringe, 2021.
- 17 De hecho, y como señaló Waldron (1993), tienden a ser los ejemplos a los que recurren los críticos de las teorías “de la obligación adquirida” para anclar la autoridad en algún “deber natural”.
- 18 Para una referencia latinoamericana de la crimigración, véase Quinteros *et al.*, 2021.

- 19 La ley 4144 (1902) fue inspirada en un proyecto del senador Miguel Cané y en su libro abiertamente anti-inmigrantes llamado “Expulsión de Extranjeros” (véase Cané, 1899, pp. 11 y 20). Allí Cané sostenía que Argentina se había convertido “en un laboratorio de crímenes –y de los más bárbaros que pueden imaginarse– al amparo de la más absoluta impunidad. Nuestro código penal, tan deficiente en general, no podía, como no lo puede el más perfecto de la tierra, legislar para los cuasidelitos o aquellos actos que importando un peligro, sea para la seguridad del Estado, sea para el mantenimiento del orden público o de la tranquilidad social, no han adoptado las formas externas que pueden hacerlos caer bajo la ley penal” (Cané, 1899, p. 12). Esas ideas de la defensa del cuerpo social no fueron ideas aisladas en nuestra historia. La escuela criminológica positivista influenciada por Ferri, Lombroso y Garófalo y encarnada, por ejemplo, en Eusebio Gomez, compartió postulados. Sobre este punto, véase Scarzanella, 2004.
- 20 Para un desarrollo histórico extenso sobre cómo la regulación moduló la frontera argentina, véase Beguerie, 2019; Giuliano y Beguerie, 2019.
- 21 Decreto 22.737/1956 art. 10 ap. II, K, que además sujetaba la regularidad migratoria a la prohibición de atentar contra la forma de organización “política o prediqu[e] doctrinas que atenten contra las instituciones democráticas o pretend[a] implantar regímenes totalitarios”.
- 22 Decreto-ley 18.235/1969, art. 1. Esta última fórmula fue repetida por el decreto-ley Videla en 1981.
- 23 El pedido de información pública que realizamos a la DNM comprendía un período histórico más extenso pero la respuesta aportó datos de expulsiones desde 2004. La respuesta señala la siguiente cantidad de expulsiones por año: 626 en 2005, 962 en 2008, 1120 en 2011, 1760 en 2014, 4336 en 2017. Esta información incluye órdenes de expulsión (sin indicar su efectivización) y comprenden aquellas dispuestas en virtud del art 29 inc. C y art. 62 de la ley 25.871. A su vez la información desagregada por género femenino y masculino muestra que mientras las disposiciones de expulsión de 2014 a 2017 se duplicaron en los hombres, en el caso de mujeres se triplicaron.
- 24 Por el contrario, preveía sanciones únicamente dirigidas a los capitanes de buques por las condiciones de traslado de los inmigrantes o a los responsa-

bles del desembarco de los extranjeros. El inmigrante era sujeto de protección de la ley y aunque eventualmente le podía ser denegada su posibilidad de desembarco, no era pasible de incurrir en infracciones administrativas. Ley 817, art 35 y 41. Tanto fue así que la CSJN, en 1928, entendió que no existía norma alguna que permitiera la expulsión del inmigrante que, aun habiendo ingresado clandestinamente, no había sido detenido en la frontera. CSJN, “Maciá”, *Fallos* 151:211 (1928).

- 25 Se originó en un decreto del gobierno *de facto* de Farrell sobre la “Represión de delitos contra la seguridad del Estado” 536/1945 y se mantuvo al menos hasta 2004, mediante otras regulaciones y continuó en el Decreto “Guido” 4805/1963 entre otros.
- 26 Decreto-ley 22.439/1981, art. 107.
- 27 Decreto-ley 4805/1965, art. 7. Con anterioridad, la Ley 4144 (1902), art. 2 preveía que el Poder Ejecutivo, como medida de seguridad pública, podía ordenar la detención del extranjero hasta el momento de efectivizar la expulsión; Decreto-ley 22.439/1981, arts. 40-43 y disposición 4166/2002, en especial considerandos.
- 28 Decreto-ley 4805/1965, art. 6 y 8. Otro antecedente puede verse en Decreto-ley 18.235/1969, art. 1. En 1969, y bajo el mando de Onganía, cuando el PEN ordenaba la expulsión, el habitante contaba con 5 días para partir y la expulsión era irrecurrible; Decreto-ley 22.439/1981, art. 38. En el decreto “Guido” 4805/1963, esa autoridad radicaba en el Director Nacional de Migraciones, y más tarde fue delegada en jefes departamentales o en la propia policía. Cf. resolución DNM de octubre de 1980 que delega en ciertas policías patagónicas la facultad de hacer la declaración de ilegalidad del art. 152 del reglamento 4418/65. La disposición 4166/2002 delegaba en las jefaturas de departamento de control la facultad de declarar ilegal y expulsar a un inmigrante como también todos los actos necesarios para ese fin como ordenar la detención precautoria. Esta creciente severidad regulatoria no parecía tener relación con los movimientos inmigratorios en el país que después de 1914 y por décadas mantuvieron una tendencia decreciente (ver cuadro anexo). A su vez, las estadísticas indican que mientras el porcentaje de población extranjera en 2010 era del 3,1% sobre el total, el porcentaje de población penitenciaria extranjera en 2010 ascendía al

6%. Cf. DNM http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/Censos.pdf, cf. SNEEP (con datos federales y provinciales): https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sneep_argentina_2010.pdf

- 29 Si bien su crítica se dirige especialmente a los trabajos de Duff, Zedner advierte que esa idea de ciudadanía, en realidad, tiene un poder explicativo central más allá de las concepciones comunitarias del castigo para ocupar también un lugar basal en las teorías liberales (Zedner, 2013).
- 30 Más adelante en *The Realm of Criminal Law*, Duff parece abandonar la variable de la dificultad para adquirir la ciudadanía formal como una variable relevante. Allí afirma que más allá de la observación de Zedner, prefiere “retener” la idea de ciudadanía sobre la de moradores y en todo caso definir la ciudadanía o los caminos para adquirirla teniendo en cuenta la comunidad “en la que las personas hacen o desean hacer sus vida” (Duff, 2018, p. 122).
- 31 En cuanto a la definición de los vínculos políticos en los que Duff asienta la justificación del castigo, Zedner critica su intento de recurrir a la relación de hospitalidad. La realidad política, dice Zedner, indica que la voluntad nacional puede ir en otra dirección (un tanto inhóspita). Sin embargo, Duff podría observar que su proyecto es normativo más allá de las actitudes amables u hostiles que adopten los Estados en determinadas instancias. Entonces la segunda crítica de Zedner adquiere relevancia: si el vínculo que justifica el reproche legítimo a las visitas se funda en una hospitalidad que excede una gracia generosa para convertirse en un imperativo de acción, entonces necesitamos una teoría más elaborada sobre esa hospitalidad y los deberes que impone sobre anfitriones e invitados. Según Zedner la hospitalidad no podría superar el dilema que supone sujetar a personas no ciudadanas a una ley sobre la que no tienen ningún sentido de autoría (Zedner, 2013, p. 48). Después de estas críticas a las ideas republicanas de la fundamentación del castigo, Zedner propone desplazar a la idea de ciudadanía de su lugar central y reemplazarla con valores liberales pero no elabora cómo esa respuesta logra justificar una autoridad particular frente a otras sin recurrir al territorio (Zedner, 2013, p. 53).
- 32 Yaffe (2018) elabora una justificación filosófica original para la idea más convencional de que deberíamos “darles un respiro” a los niños a la hora de

reprocharles sus ofensas criminales. Su argumento en favor de la lenidad en la justicia juvenil se aparta de la intuición de que las personas adultas y los niños resultan estructuralmente diferentes. Su argumento, en cambio, es democrático. Los niños merecen lenidad porque no pueden votar, porque las leyes no les son suyas, porque no son autores del sistema legal que les reprocha.

- 33 Annamaneni (2020) parte de la ausencia de genuina elección para abogar por mayor lenidad a la hora de aplicar las leyes a las personas extranjeras.
- 34 En un artículo más reciente, que discutiremos en la sección V, Yaffe (2020) articula de forma interesante, como el acto paradigmático del derecho penal, llamar a rendir cuentas por la violación de una ley, exige que esa ley me sea atribuible. Allí explicita que pueden existir diferentes criterios para atribuir una ley pero, como veremos, deja pendiente un principio que ordene la prevalencia de un criterio sobre otro.
- 35 Chehtman (2013, p. 128) observa además que, para ser persuadido por el juicio y el castigo penal, de hecho, el invitado no necesita un vínculo de concidadanía con la comunidad: “no es para nada claro por qué el Reino Unido no sería capaz de llegar a la conciencia moral de un violador italiano por el sólo hecho de su nacionalidad italiana”.
- 36 Cabe señalar que para Chehtman no resulta indiferente la legitimidad de un sistema penal pero señala que esa atribución dependerá en todo caso del respeto al debido proceso (Chehtman, 2010, p. 449).
- 37 Acá podría haber matices. En *Fundamentación Filosófica* (Chehtman, 2013, p. 61) se refiere al interés en la sensación de protección que otorga el sistema penal, pero en *Citizenship v. Territory* (Chehtman, 2010) por momentos parece ampliar ese interés al interés al sistema jurídico (in totum) en vigor, con lo cual saldría de esta lógica de justificar el sistema penal en el beneficio que su vigencia otorgaría para anclarlo en el sistema jurídico en general. Allí afirma que “el interés colectivo que los individuos [que comparten territorio] tienen en que el sistema vigente sea obligatorio para ellos como para los demás a su alrededor, es un interés lo suficientemente importante como para justificar el conferirle a un Estado el poder de castigar a los que violan esas normas” (p. 439).

- 38 Más allá de la diferencia entre beneficios y beneficios aceptados, Simmons (1979) plantea una objeción similar a las teorías de la coordinación de intereses como el “Fair Play”: se trata de justificaciones de la autoridad insuficientemente generales pues no comprenden a quienes no recibieron los beneficios, o no los aceptaron, o a quienes no entienden que la comunidad sea debidamente cooperativa.
- 39 Simmons llamó a este tipo de pretensión de autosuficiencia del principio que sostiene una teoría el “requisito de singularidad del fundamento”. Él también descarta el requisito de “singularidad de fundamento” como un fundamento necesario de una justificación de la autoridad (Simmons, 1981, p. 35).
- 40 Song (2016) defiende al menos tres criterios de autoridad sobre quienes están en el territorio: membresía, “Fair Play” y coacción.
- 41 Ya sea porque en tanto ciudadana puedo influir en la ley de mi comunidad, ya sea porque en tanto visitante pierdo el poder de desautorizar la ley ajena cuando existe la expectativa (legal o personal) de que mi comunidad me proteja frente a ofensas cometidas por no-ciudadanos, Yaffe (2020, p. 362) entiende que una norma me puede ser atribuible. Este último trabajo no indica si resulta un agregado de su anterior requisito de “consentimiento genuino” o si se trata de la superación de aquel concepto.
- 42 Lorca entiende que muchas prácticas penales, como el castigo a los niños o a personas en situación de pobreza extrema y sistemática, carecen de legitimidad (Beade y Lorca, 2017; Lorca, 2018). También Cigüela Sola (2015) y Rekers (2020) parecen preocupados por el impacto de la exclusión social en la legitimidad del castigo.
- 43 En su aspecto procedimental, exige que participemos en la definición de las normas e instituciones legales y, en su aspecto sustantivo, demanda interacciones públicas igualitarias en la comunidad. En su planteo, ambos aspectos de la membresía, el procesal y el sustantivo, deben estar asegurados para que pueda predicarse la legitimidad de un castigo (Lorca, 2020).
- 44 Lorca observa agudamente que Locke y Grocio efectúan una justificación del derecho de castigar a los ciudadanos que adquiere más sentido si se aplica a los extranjeros –pese a que ellos se resisten a hacerlo. En palabras de Lorca (2020, p. 255): “incluso si uno está en desacuerdo en general con

la capacidad del consentimiento para fundar la autoridad política, es plausible sostener que el ingreso voluntario al territorio de un país implica un consentimiento tácito de respetar sus instituciones e incluso si este consentimiento tácito no pareciera suficiente como para fundar un reclamo amplio de autoridad política, sí parece entregar algo de fundamento al reclamo de autoridad de un Estado para castigar a los extranjeros que violan sus leyes penales”. Más allá de la plausibilidad del consentimiento como fuente complementaria de autoridad, el trabajo de Lorca ilustra cómo una teoría de justificación del castigo podría adoptar más de un criterio para atribuir la norma por la que llaman a rendir cuentas.

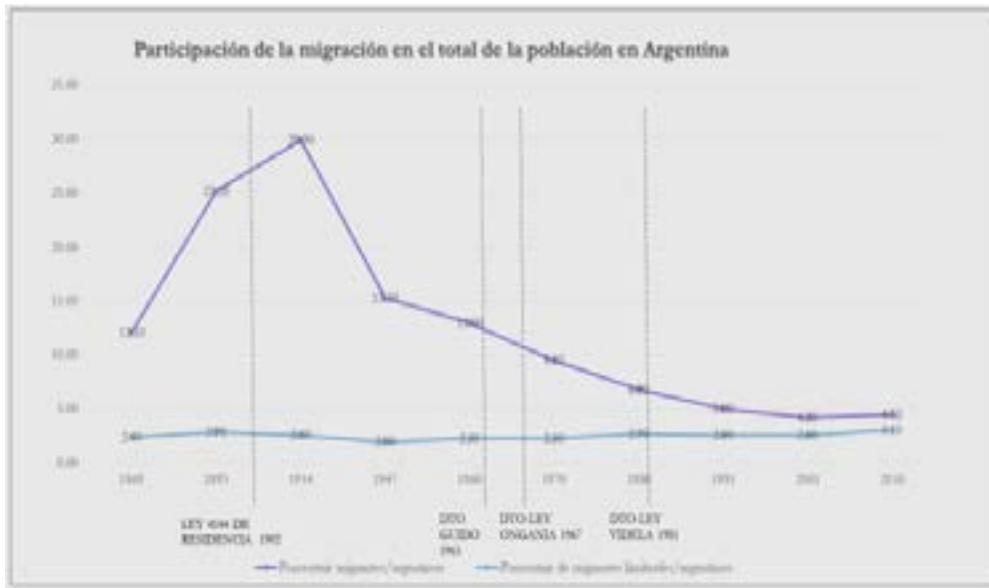
- 45 Benton sostiene que mientras ciudadanos y refugiados dependen de la comunidad, sólo los primeros pueden ejercer algún tipo de control relevante sobre la autoridad que los rige. Su trabajo no tiene por objeto la autoridad para castigar a no-ciudadanos sino identificar las circunstancias en las que algunos tipos de no-ciudadanos sufren un tipo de dominación relevante para el republicanismo.
- 46 Dahl (1989, p. 121) explicaba que se puede definir a la democracia como la decisión de su demos, o como la decisión de todos a quienes sujeta la ley; pero si se adoptaba la primera definición, entonces la democracia será indistinguible de cualquier otro sistema político. A su entender, la sujeción a la ley debería ser un criterio para definir la membresía política.
- 47 Rubio Marín (2000) presenta también un argumento democrático: la comunidad política debe incluir a todos los miembros de la comunidad social; Fiss (1999) y Walzer (1983) presentan un planteo similar pero fundado en la igualdad; Bosniak (2007), abogando por la territorialidad ética, sostiene que la sujeción a la autoridad de una tierra debería ser razón para garantizar más derechos a sus residentes, pero asume la autoridad sobre la que este trabajo indaga; véase también Bohman, 2005.
- 48 Courtis y Pacceca (2007) y Hines (2010) señalan cambios –aunque también deficiencias– en la nueva ley de migraciones. En las críticas señalan que si bien facilita la regularización de la inmigración regional no hace lo propio con otros inmigrantes. Novick (2004, p. 67) valora la nueva ley como la gestación de un nuevo modelo. Asa y Ceriani (2004, p. 481) describen los principales cambios de la nueva ley.

- 49 Los debates de la Convención Constituyente sobre cuántas personas debía representar cada banca de la Cámara de Diputados están permeados por las diferentes concepciones sobre el rol de la inmigración: allí se disputan las ideas de ciudadano, habitante, extranjero y razas (cf. Convención Constituyente de 1898, pp. 794 y ss. disponible en <http://ravignanidigital.com.ar/asambleas/asa5/asa5110000.html?h=794>).
- 50 Cf. art. 62, ley 25.871
- 51 Cf. art 56, 57, 58 y 67, ley 25.871.
- 52 Cf. art. 61, 63, 69, 70 y 74 a 90, ley 25.871, y también art. 71 del decreto reglamentario. Para una descripción de los nuevos institutos de la ley 25.871, véase también Hines, 2010.
- 53 Cf. Informe Anual del CELS 1995.
- 54 APDH (Asamblea Permanente por los Derechos Humanos), Arzobispado de la Ciudad de Buenos Aires, CAREF (servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a inmigrantes y Refugiados), CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), CEMLA (Centro de Estudios Migratorios Latinoamericanos), el Departamento de Migraciones de la CTA (Confederación de Trabajadores Argentinos), FCCAM (Fundación de la Comisión Católica Argentina de Migraciones), MEDH (Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos), RIMCA (Red de Investigadores de las Migraciones Contemporáneas en Argentina) y SERPAJ (Servicio de Paz y Justicia). Cf. Asa y Ceriani, 2004, nota al pie 1, p. 479, y Correa, 2004, pp. 173-179. Ese mismo año, ADC y CELS plantearon el habeas corpus en el caso “De la Torre”.
- 55 Todos los años se presentó al menos un proyecto sobre la materia y a partir de 1996 se presentaron más de un proyecto por año (véase Correa, 2004, pp. 173-179). La Mesa fue comentando cada una de esas iniciativas. Véase por ejemplo Oteiza *et al.*, 2000, nota al pie 4, sobre la nota de febrero de 1999 presentada a la Comisión de Población y Recursos Humanos criticando la iniciativa del Poder Ejecutivo. El diputado Giustiniani tomó como base el texto unificado de 1999 para redactar, en 2001, el proyecto de la actual ley de migraciones que después de perder estado parlamentario fue reintroducido en 2003. Para una descripción en detalle de las iniciativas de 1999 y también un análisis del discurso anti-inmigración del Po-

der Ejecutivo de ese año, véase Oteiza *et al.*, 2000, p. 287. Véase también Courtis, 2006, en donde se comparan los proyectos legislativos entre 1994 y 2003; Novick, 2004, en donde se relatan sumariamente los antecedentes legislativos de la ley; véase los informes anuales del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) *MIGRANTES* de años anteriores.

- 56 Entrevista con una actora de la Mesa, 1° de agosto de 2019, transcripción en mi archivo “Primero salió la ley, que está construida sobre el espíritu de la Convención [sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes] y luego recién, dos años después, el gobierno firma y ratifica la Convención”.
- 57 Entrevista con una actora de la Mesa, 1° de agosto de 2019, transcripción en mi archivo.
- 58 Véase Giustiniani, 2004, en donde se transcriben algunas de las intervenciones.

Anexo



Fuente: elaboración propia conforme datos de INDEC (http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/Censos.pdf).

Recepción: 25 mayo 2021
Revisión: 23 enero 2022
Aceptación: 1 marzo 2022