

CUATRO TEMAS Y CUATRO CONTINUACIONES POSIBLES PARA LA TEORÍA PENAL DE CARLOS NINO

Roberto Gargarella¹

INTRODUCCIÓN

Convencido de la importancia de volver a pensar nuestras aproximaciones al castigo a la luz de la teoría democrática, en este trabajo me dedicaré a explorar cuatro desarrollos posibles que podrían realizarse a partir del trabajo del profesor Carlos Nino en el área penal, teniendo en cuenta sus estudios últimos sobre el valor de la deliberación democrática.

Como es sabido, Nino dedicó una primera porción significativa de su vida académica al estudio del derecho penal, en donde produjo trabajos de primera importancia, que incluyeron su tesis doctoral, escrita en Oxford bajo la supervisión de los profesores Tony Honoré y John Finnis; sus escritos sobre la legítima defensa (Nino 2005); su famoso texto sobre los límites de la responsabilidad penal (Nino 2006); su libro sobre el juicio al mal radical (Nino 1993); o una importante serie de artículos hoy compilados en un texto que lleva por título *Fundamentos de derecho penal* (Nino 2007). Sin embargo, la última y larga etapa de su trabajo intelectual giró fundamentalmente en torno a cuestiones de ética política, teoría democrática y teoría constitucional. Ello quedó reflejado, entre otros –muy numerosos– trabajos, en su primer gran libro sobre los derechos humanos (Nino 1984); el que escribiera sobre la “constitución de la democracia deliberativa” (Nino 1996); *Fundamentos de derecho constitucional* (Nino 1992); o *Derecho, Moral y Política* (Nino 1994). Lamentablemente, estas dos esferas de su trabajo –la relacionada con el derecho penal, y la relacionada con sus escritos en torno a la

¹ Professor da Universidade Torcuato De Tella, Buenos Aires, Argentina.

Constitución y la democracia- no quedaron perfectamente articuladas, dado que Nino no revisó enteramente sus estudios previos en materia de derecho penal, a la luz de sus renovadas reflexiones en torno a la democracia deliberativa (como sí lo hizo en otras áreas de su trabajo). Por ello mismo, en este artículo, quisiera simplemente llamar la atención sobre cuatro áreas de estudio que convendría abordar, dada su riqueza, a los fines de completar un trabajo que Nino, en razón de su temprana muerte (en 1993) no pudiera llevar a cabo de modo pleno y definitivo.

Me referiré por tanto, en lo que sigue, a cuatro cuestiones de derecho penal, que ameritarían un nuevo estudio bajo la luz de una teoría democrática como la que Nino desarrollar. Haré referencia, entonces, a: i) las exigencias propias del partir de una concepción deliberativa de la democracia, en lo que hace a las formas de la creación (abarcando su interpretación y aplicación) del derecho penal (*origen*); ii) las implicaciones derivadas de tales presupuestos sobre los orígenes del derecho, en materia de autoridad estatal, y en particular, la autoridad del Estado para realizar reproches justificados (*autoridad*) ; iii) la influencia que podrían ejercer sobre la justificación del reproche estatal los presupuestos y compromisos que son propios de la democracia deliberativa (*pena*); iv) la especial protección que la democracia deliberativa podría requerir sobre conductas que hoy tienden a ser desalentadas o criminalizadas, como la protesta social (*protesta social*). Espero que el estudio que sigue pueda tomarse, entonces, como lo que es: la introducción a una agenda de investigación posible sobre el trabajo de Nino, destinada a “cruzar” sus estudios penales y sus estudios de teoría democrática.

I. ORIGEN: ELITISMO PENAL/POPULISMO PENAL

Lo primero que quisiera hacer en este apartado es llamar la atención sobre el significado e implicaciones de la teoría democrática defendida por Nino, en lo que concierne a la creación de las normas penales –un tema examinado por Nino, pero no desarrollado, según entiendo, en todas sus consecuencias esperables. La teoría

democrática en la que voy a apoyarme es la misma que él defendiera, esto es, una *concepción deliberativa de la democracia*. Esta concepción habría surgido a finales del siglo 20 bajo el aliento de las así llamadas “teorías comunicativas”, en cuyo desarrollo Nino jugara un papel también significativo (Habermas 1996, Bohman 1996, Bohman & Rehg 1997, Elster 1998, Nino 1991, 1996). Dicha visión de la democracia propone, esencialmente –y conforme a la propuesta habermasiana que obtuviera amplia difusión en el área- que los asuntos públicos sean resueltos conforme a una *discusión que involucre a todos los potencialmente afectados* por la decisión que va a tomarse (Habermas 1996).

En dicha discusión igualitaria, nadie vale más que ningún otro: todos se encuentran situados en un pie de igualdad. Desde esta concepción –si se quiere, “positiva”, de la democracia- dos son los elementos que resaltan. Por un lado la idea de *discusión pública*, que contrasta, de modo más obvio, con la “imposición de algunos”, pero también con el “arreglo entre los grupos más poderosos”, o la “negociación detrás de la escena” (Schmitt 1992). La discusión pública representa así el medio apropiado del autogobierno colectivo que, obviamente, debe pasar en algún momento por un proceso de agregación de preferencias, como el sufragio. Pero dicha votación no puede dejar de estar precedida de la discusión, que resulta imprescindible para que –en el marco de una comunidad de personas con racionalidad limitada y conocimientos imperfectos- cada uno clarifique sus propias ideas, las contraste con los demás, aprenda de los otros, a la vez que les deje conocer a ellos las razones de sus puntos de vista. El otro elemento central de esta visión de la democracia es la *inclusión* de todos los afectados. Como aquí se parte –como partía John Stuart Mill, como partía Carlos Nino- del presupuesto de que cada uno es el mejor juez de sus propios intereses, luego, es posible llegar a la conclusión de que la ausencia de ciertos puntos de vista de la discusión de los asuntos comunes (o peor aún, como ocurre en democracias como la nuestra: la ausencia sistemática de ciertos puntos de vista) genera riesgos muy altos de que la decisión no resulte imparcial. En otros términos, la ausencia de ciertos puntos de vista genera el riesgo de que dicha decisión resulte sesgada

indebidamente a favor de los (pocos o privilegiados) que controlan el proceso de toma de decisiones. La idea de inclusión amplia contrasta con la aproximación que era propia de las versiones conservadoras de la democracia elitista –como la que podía defender Edmund Burke, en donde la discusión se concentraba en la elite dominante, en los “pocos iluminados” o *the wise few* (Burke 1960). Del mismo modo, la noción de “discusión pública” contrasta con los acercamientos meramente “populistas” sobre la organización del poder (acercamientos tan en boga, hoy todavía, en la región).

Una vez que tomamos en cuenta el valor que tiene la discusión colectiva entre todos los afectados, a la hora de pensar sobre la presunción de validez del derecho, no podemos dejar de preocuparnos por el estado de nuestras normas penales. Dichas normas, tal como lo ratifican todos los estudios empíricos con los que contamos, aparecen como severamente defectuosas tanto en relación con la discusión pública que las rodea, como en cuanto a los niveles de inclusión social que implican.

En efecto, en nuestro país, como en otros países de Occidente, el derecho penal viene siendo el producto de elites jurídicas particulares, que tienden a producir resultados jurídicos diferentes, en ocasiones en nombre de los *intereses* del pueblo, y en otras en nombre de la *voluntad* del pueblo, pero con el pueblo siempre ausente de tales debates y decisiones. De hecho, los estudios realizados por el sociólogo penal David Garland, para el mundo anglosajón, fueron reproducidos y continuados para el caso argentino por un discípulo de aquel, Máximo Sozzo, quien como su mentor concluyó que, para la Argentina, también se verificaba esa oscilación entre normas más liberales y normas más punitivistas, a la vez que podía señalarse que las normas penales emergían de “un modo elitista” de producción. Dicho modo elitista, afirma Sozzo, “aísla y protege” a aquel en relación con el público, y que persiste y se mantiene en el tiempo a pesar de los cambios que tienden a producirse en las alianzas de gobierno (Sozzo 2011).

La observación que haría, por el momento, es simplemente ésta: ya sea a través de invocaciones populistas, ya sea a través de afirmaciones tecnocráticas, el derecho penal viene siendo obra exclusiva de determinadas elites, alejadas de todo intento efectivo de

abrir el debate penal a debate, y mucho más a otras voces (en particular, a las voces de los más afectados por la presencia del derecho penal: las víctimas de la criminalidad, los protagonistas de los actos criminales, y los familiares y allegados de todos ellos). Notablemente, en pocas áreas de nuestro derecho como en el área penal, se nota esa efectiva resistencia contra toda pretensión de tendido de puentes entre la democracia y la redacción, aplicación e interpretación del derecho. Entiendo, sin embargo, que una teoría como la de Nino nos exige revisar esos modos de pensar la creación y vida del derecho, y nos urge a restablecer los puentes cortados –aquí más que en otros casos- entre democracia y derecho.

Por supuesto, este reclamo a favor de una re-conexión entre derecho penal y deliberación democrática se opone a una larga tradición de desconfianza hacia la democracia, propia del ámbito penal, que afecta aún a los autores más de avanzada (Ferrajoli 2008). Entre tales autores, es muy común asociar a la democracia con una inevitable “degeneración”, un “constante empeoramiento” propio del “gobierno de los peores” (ibid., 88). En otros textos me he ocupado de criticar tales afirmaciones, por lo cual en este artículo sólo insistiré en algunas breves cuestiones (Gargarella 2010). Básicamente, diré que, i) la sugerencia conforme a la cual la democracia genera “maximalismo penal” o termina más o menos necesariamente en alguna forma “neopunitivismo” no se encuentra apoyada empíricamente; ii) por el contrario, los pocos estudios empíricos con los que contamos en la materia tienden a decir que en ámbitos medianamente apropiados de deliberación, dicha correlación no se verifica o se revierte;² y iii) lo que es más importante, dicha asociación entre democracia penal y punitivismo resulta dependiente, de modo más que habitual, de una paupérrima concepción de la democracia, en donde las condiciones de debate e inclusividad se encuentran fundamentalmente ausentes, y en donde se termina por identificar a la democracia con el

² Ver, por ejemplo, Roberts et al. (2002), y también, para el caso argentino, los estudios de Bergoglio y Amietta sobre el desempeño del jurado en la ciudad de Córdoba (una de las únicas provincias en donde dicha institución se puso en marcha), y que demuestran que, comprando lo decidido por ciudadanos comunes y jueces profesionales, en el marco de dichos jurados en materia penal, las penas sugeridas por los primeros tendían a ser inferiores a las decididas por los últimos (Bergoglio y Amietta 2008).

mercado o, lo que es mucho peor, con las demandas (dolorosas, comprensibles, pero no decisivas ni excluyentes, a la hora de fundar una política penal) de los familiares, vecinos o amigos de las víctimas, luego de un hecho criminal grave. Estas voces, sin dudas, deben ser escuchadas, y las víctimas y sus seres cercanos amparados y contenidos, pero ello de ningún modo justifica o torna aceptable el convertir a tales voces en la expresión de la voz democrática de la comunidad.

II. AUTORIDAD: SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO EN SOCIEDADES DESIGUALES

Las reflexiones hechas en la sección anterior nos referían a la importancia de volver a pensar en el origen de las normas penales. Más específicamente, tales reflexiones nos llevaban a sugerir el valor de volver a conectar al derecho penal con la discusión democrática, superando prejuicios que no aparecen fundados. Ello, sobre todo, a la luz de los modos elitistas con que hoy se encuentra asociada la creación (redacción, interpretación y aplicación) del derecho penal. En esta sección, me interesa retomar aquellas ideas, que encuentran siempre como origen los trabajos de Carlos Nino, para ir todavía un paso más allá. La propuesta consiste, en este caso, en repensar el status del derecho penal cuando el mismo se enmarca –como ocurre en nuestro caso, y en el de tantos otros países- en contextos de fuertes e injustas desigualdades. En particular, me interesa pensar sobre estas cuestiones teniendo en mente una pregunta sobre la autoridad del Estado para reprochar ciertas inconductas, en el marco de graves injusticias que resultan, finalmente, producto de ese mismo Estado que por un lado cuestiona ciertos actos, y por otro crea y mantiene en el tiempo condiciones de severa injusticia.

El punto de partida de esta reflexión puede ser la sugerencia de Nino conforme a la cual todas las normas, pero en particular las penales, deben surgir de un proceso de discusión democrático que les confiere una presunción de validez que –sin embargo- es una presunción revocable. En efecto, en opinión de Nino –y tal como lo dejara asentado, por caso, en su artículo de 1989, arriba citado- la “principal excepción” a dicho principio

general (acerca de la presunción de imparcialidad de las normas que son producto de un debate democrático) aparece “cuando las condiciones básicas que permiten al proceso democrático tener valor epistémico están ausentes: por ejemplo, cuando algunos grupos son impedidos de expresar sus opiniones a través de persecuciones o cuestiones similares” (Nino 2007, 21).

Conviene pensar, entonces, en estas situaciones en donde existen amplias porciones de la sociedad que cuentan con buenas razones para no considerarse, en un sentido relevante, como autoras del derecho penal. Supondré aquí que existen grupos de personas que se relacionan con el derecho, básicamente, como víctimas de él; personas que son habitualmente ignoradas o maltratadas por el derecho.³ Junto con Antony Duff, supondré que amplios sectores de la sociedad no pueden reconocer su propia “voz” en el “lenguaje” y los “dichos” con que el derecho se expresa. En sus términos, el hecho de que sectores importantes de la comunidad “se encuentren excluidos de modo permanente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales” y “normativamente excluidos” en cuanto al “tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes”, suele correlacionarse con la existencia de un derecho cuya voz “les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos” (Duff 2001, 196-6). Tales fracasos, concluye Duff, nos hablan de comunidades que “les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respeto y consideración que se les debe como ciudadanos” (ibid.).

Aunque considero que, en países como el nuestro, la situación es muy similar, sino más grave, que la descrita por Duff (teniendo él básicamente en mente situaciones que vincula con el mundo anglosajón), no me involucraré aquí en un debate acerca de los niveles efectivos de desigualdad e injusticia que afectan a amplias franjas de la población

³ Por supuesto, es importante contar con formas sensatas para determinar cuándo es que algunos grupos o individuos se encuentran por debajo del “umbral” mínimo a partir del cual ellos pueden considerarse como ciudadanos “integrados” al derecho y no, -como he denominado en otro lugar- como personas jurídicamente alienadas (Gargarella 2009). Sin embargo, al mismo tiempo, sugeriría que los estándares para considerar cuándo es que una persona puede considerarse como autora del derecho que se le aplica no pueden ser superficiales ni ligeros, como suelen serlo (i.e., tomar como condición suficiente el hecho de que una persona vote o no esté privada del derecho al voto).

de nuestro país. Lo que me interesa sostener es el punto teórico que también le interesa sostener a Duff, y que nos remite a la pregunta acerca de la autoridad del Estado para ejercer reproches en condiciones de extrema desigualdad.

Cuando hablamos de inequidades severas como las arriba descritas, y que encierran injusticias de las que el propio Estado, a través de sus acciones u omisiones (como insistiría Nino , i.e., Nino 1984), es responsable en un modo decisivo, se hace difícil seguir reconociendo en el Estado autoridad plena para ejercer los reproches que quiere ejercer, y sobre todo en la forma en que quiere hacerlo. Recurriendo a una comparación común (y con todas las salvedades que este tipo de comparaciones pueda exigir), podría decirse que la situación del caso tiene vínculos con la del padre que abusa de sus hijos de modo sistemático, pero que sin embargo pretende reprocharle a los mismos inconductas que ellos han cometido. En ese contexto, los hijos parecen tener todo el derecho del mundo de reaccionar, frente a los reproches que provienen del padre, impugnando radicalmente su autoridad para llevar adelante esos mismos reproches: “Cómo pretendes que aceptemos estos reproches –podrían decirles los hijos al padre- luego de todo lo que nos has hecho, que no debiste nunca hacernos, y luego de todo lo que no nos has dado, cuando debías siempre asegurárnoslo?” Duff se plantea interrogantes similares, que individuos desapoderados podrían hacerle al Estado injusto –un Estado que maltrata sistemáticamente a parte de los ciudadanos- y que luego pretende sancionarlos por faltas que ellos han cometidos. En términos del profesor escocés, “yo puedo ser culpable de tal crimen, pero usted (Estado), no tiene autoridad para juzgarme” (Duff 2004).

El punto en cuestión resulta particularmente interesante, porque el mismo no requiere comprometerse con posiciones polémicas, difíciles de sostener, como las que señalan que los individuos que atraviesan o han atravesado situaciones económicas extremas (porque, por caso, provienen de un –así llamado- *rotten social background*) no deben considerarse plenamente responsables de sus acciones criminales. Esto es lo que sostuvo o intentó defender una parte de la doctrina penal, a finales de los años 70, pero no es lo que propondría que sostengamos ahora (Bazelon 1976, 1976b, 1988, Delgado

1985). Contra tales criterios, uno puede mantener la responsabilidad criminal de un sujeto, frente a las faltas graves que ha cometido, pero sosteniendo al mismo tiempo la pregunta acerca de la autoridad del Estado para hacer determinados reproches. En tal sentido, uno puede acercarse a respuestas como las que ha dado Jeffrie Murphy, al sostener que “en ausencia de un cambio social significativo”, las sociedades modernas “carecen del derecho moral de castigar”, y las instituciones del castigo deben ser “resistidas por todos quienes toman los derechos humanos como moralmente serios” (Murphy 1973, 222).⁴

Según entiendo, la filosofía penal de Nino, imbuida más centralmente de su teoría democrática, nos permitiría llegar a conclusiones similares. En efecto, podría decirnos Nino, determinadas situaciones de exclusión social nos permiten decir que “las condiciones básicas que permiten al proceso democrático tener valor epistémico están ausentes”. Lo que es dable obtener, en tales circunstancias, son decisiones que carecen de valor epistémico en el sentido de que no pueden considerarse imparciales, esto es, capaces de tratar los intereses de todos con igual consideración. El derecho, en dicho marco, comienza a aparecer como el reflejo del punto de vista de algunos o de ciertos grupos, que son los que más influyen en su escritura, interpretación y aplicación.⁵

III. PENA: LOS ALCANCES DEL REPROCHE ESTATAL

En las secciones anteriores prestamos especial atención a los modos en que una

⁴ Murphy llega a tal conclusión luego de defender una aproximación kantiana al castigo, basada en la idea de reciprocidad, y reconocer que –en relación con los sectores más desaventajados de la sociedad “es difícil ver lo que se supone que estas personas reciben” en términos de reciprocidad, para que luego el Estado les pueda exigir que cumplan con su parte.

⁵ Alguien podría preguntarse hasta qué punto dicha situación de horror imaginable tiene puntos de contacto efectivos con la vida propia de nuestra comunidad. La respuesta está por verse, aunque en el marco de este trabajo, propondría prestar atención a un hecho dramático, tan distintivo de países como el nuestro: una comunidad diversa y multicultural, que sistemáticamente concentra el castigo y el encierro sobre los sectores sociales más vulnerables. Dicho hecho dramático parece sugerirnos algo –muy en línea con lo que la teoría democrática de Nino nos permitía predecir- acerca de los modos en que se piensa, se redacta, se lee y aplica el derecho en nuestra comunidad desigual.

teoría democrática como la elaborada por Nino podía impactar sobre nuestras reflexiones habituales en torno a la justificación y autoridad del derecho. Sostuvimos, en particular, que dicha teoría democrática nos ofrecía buenas herramientas para impugnar los modos elitistas en los que, en la actualidad, se concibe el derecho penal; y dijimos además que, en el marco de sociedades desiguales, dichas formas de creación del derecho amenazaban con quitarle autoridad al mismo. La pregunta que quiero retomar en esta sección es otra, aunque ella también está vinculada con el armazón teórico de Nino arriba descripto. Esta pregunta se refiere a ciertos rasgos básicos que deben distinguir al reproche estatal, una vez que nos tomamos en serio consideraciones como las que se derivan de la teoría deliberativa defendida por Nino. Básicamente, la idea es que la democracia deliberativa implica ciertos compromisos elementales respecto de los agentes que participan en la deliberación, a la vez que presupone ciertos rasgos como propios de tales agentes, que no pueden ni merecen ser abandonados, una vez que pasamos a reflexionar sobre las modalidades apropiadas del reproche estatal.

De todos modos, antes de abocarme de modo directo en el estudio de ese impacto de la teoría deliberativa en nuestras reflexiones sobre la pena, quisiera abordar una cuestión previa, relacionada con los conceptos en juego. En tal respecto, quisiera realizar una importante clarificación terminológica para sostener, junto con Braithwaite y Pettit que reprochar a alguien por una cierta conducta no implica castigarlo, y que castigar a alguien no implica necesariamente excluirlo de la sociedad, típicamente confinándolo a una cárcel (Braithwaite & Pettit 1990).⁶

Hecha esta clarificación, podemos volver a la teoría democrática de Nino, y a sus implicaciones en relación con la imposición estatal de una pena. Es en este punto en donde se advierte, más que en otras situaciones, la desconexión existente entre la “vieja” teoría de la pena que elaborara Nino, en los albores de su vida académica; y su “nueva” teoría democrática, propia de la última etapa de sus investigaciones. En efecto, la

⁶ Este tipo de distinciones, afortunadamente, han alcanzado cierta difusión dentro de la doctrina penal, más allá de que ello no signifique que tales autores hayan dejado de justificar ciertas formas del castigo (Von Hirsch 1993; Walgrave 2000).

concepción que presenta Nino sobre el castigo estuvo, a la largo de toda su trayectoria académica, fundamentalmente marcada por una postura liberal y contractualista desvinculada de su visión deliberativa sobre la democracia. Como sostuviera Pablo de Grieff, Nino quiere fundar su posición sobre el castigo “exclusivamente en premisas morales, dejando sin un papel claro, en dicho respecto, a su postura sobre la legitimidad democrática” (de Grieff 2002, 383). Como sabemos, la “teoría consensual de la pena” elaborada por Nino, entiende que el castigo se justifica a partir del conocimiento que el criminal posee acerca de las consecuencias jurídicas que pueden seguirse de sus acciones. Cuando el individuo en cuestión, desafiando las bases de la cooperación social, lleva adelante un acto voluntario conociendo que la consecuencia necesaria de dicho acto va a ser la pérdida de su inmunidad legal ante el castigo, entonces –nos dice Nino- ese individuo consiente las consecuencias normativas que se siguen, del mismo modo que ocurre cuando una parte consiente a las consecuencias normativas que se siguen de un contrato (Nino 1983b, 298; Nino 1986). Como advierte bien de Grieff, la idea de consenso que utiliza Nino en estos casos no nos remite a la que utilizan los teóricos de la democracia deliberativa, sino a una “licencia” que los individuos otorgan al Estado, para que proceda al castigo, “a partir de las implicaciones que se siguen de sus actos bajo un sistema de reglas” (de Grieff 2002, 383).

Teniendo ello en cuenta, conviene preguntarse qué es lo que ocurriría si tendiéramos los puentes que Nino no tendió, entre su liberal teoría de la pena, y su concepción epistémica de la democracia. Más específicamente, qué impacto tendría sobre nuestras reflexiones en torno a la pena la decisión de colocar en el centro de nuestro enfoque a la teoría deliberativa de la democracia? Según entiendo, el hecho de tomar como punto de partida una teoría deliberativa, nos compromete con ciertos supuestos y ciertos valores (i.e., el valor de la argumentación racional) que merecen jugar un papel relevante en nuestros reflexiones acerca de las modalidades del reproche estatal.⁷

⁷ Decir esto, por supuesto, es compatible con seguir manteniendo que la reflexión final sobre las conductas a reprochar, y sobre los modos que debe adquirir el reproche deben ser, fundamentalmente, el producto de una discusión colectiva amplia. Ocurre, sin embargo, que en ese debate colectivo (i.e., sobre los modos del

Por supuesto, las específicas implicaciones que se siguen del adoptar una concepción deliberativa de la democracia para una teoría del castigo no son obvias, pero existen muchas conexiones que uno puede establecer entre ambas. De Grieff, por ejemplo, enfatiza que “la idea de persuasión, que es crítica para la visión institucional de la política provista por la democracia deliberativa...debe figurar también...en la adopción de una teoría del castigo.” Para él, esta idea provee de ciertos límites “tanto frente a los enfoques puramente retributivistas como consecuencialistas sobre el castigo” (de Grieff 2002, 387).

Lo que sostiene de Grieff parece por completo razonable cuando reconocemos que teorías como la de Nino –muy en línea con lo que se denominan *enfoques comunicativos sobre el castigo* (Feiberg 1965, Duff 2001)- presuponen la existencia de sujetos autónomos, capaces de dar y recibir razones, abiertos a revisar críticamente sus decisiones vitales, susceptibles de ser persuadidos. Por ello mismo, debiera resultar obvio que para visiones de este tipo tratar a alguien con la debida consideración y respeto requiere dirigirse a ese alguien como un agente moral y no, simplemente, como un actor racional que debe ser manipulado y/o motivado en determinado sentido, a través de un sistema de premios y castigos. Desde el punto de vista de estas visiones deliberativas, el objetivo del reproche estatal (antes que la pena) no debe ser, entonces, ni el de incapacitar ni el de atemorizar al ofensor. Lo que las concepciones comunicativas pretenden es entablar un *diálogo moral* con el ofensor, a fin de comunicarle el reproche social hacia lo que hizo.⁸ En palabras de Duff, el sistema penal no debería buscar que las personas “obedezcan sus demandas, sino que entiendan y acepten lo que se requiere de ellos como ciudadanos...Mi objetivo debería ser que la persona hiciese lo que es correcto *porque a ella le parece correcto*; e, implícitos en ese objetivo, están los métodos a través

reproche) debemos defender alguna postura, y la propia teoría de la democracia deliberativa nos da buenos indicios acerca de las posiciones que corresponde que defendamos en dichos debates.

⁸ Este abordaje no debería ser clasificado como consecuencialista porque, como sostienen Duff y Garland, se propone emprender este esfuerzo comunicativo aun cuando estuviéramos seguros de que el ofensor permanecería incólume y no se reformaría a través de nuestras expresiones (Duff & Garland 1994, 15).

de los cuales podría ser alcanzado –sólo a través de un proceso de una persuasión moral racional” (Duff 2001, 80-1).

Lo dicho, por lo demás, nos ayuda a poner en cuestión muchas de las prácticas hoy dominantes sobre el castigo, “tales como el encarcelamiento que brutaliza ya sea a partir del abuso físico como a partir de la aplicación de detenciones prolongadas” (de Grief 2002, 394). Tales prácticas, podemos decir, son difícilmente compatibles con el compromiso de la democracia deliberativa con la persuasión racional. En definitiva, y según me ha interesado señalar, el tendido de puentes entre la teoría de la pena de Nino y su más reciente concepción democrática nos fuerza a repensar los procesos y contenidos asociados con la primera.

IV. PROTESTA SOCIAL: DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA Y CRÍTICA POLÍTICA

El último punto que quiero abordar en esta revisión crítica de la teoría de la pena de Nino, tiene que ver con ciertas implicaciones particulares de su concepción deliberativa, en torno a conductas que hoy tienden a ser desalentadas o criminalizadas, en lugar de especialmente protegidas. Pienso, específicamente, en los modos en que comunidades como la nuestra se encuentran lidiando con el derecho de protesta –un derecho especialmente importante en el marco de sociedades marcadas por injustas desigualdades; y de muy especial relevancia para quienes piensan la vida pública desde el punto de vista de una democracia basada en la discusión colectiva.

Para acercarnos a la cuestión específica de la protesta social –un tema que Nino no tuvo la oportunidad de abordar de manera directa, dado que la explosión de los casos de protesta social criminalizada, en nuestro país, apareció algunos años luego de su fallecimiento, en torno al año 2001- tiene sentido que vayamos por pasos, hasta llegar al corazón del problema.⁹

⁹ Un acercamiento ejemplar, en Fiss (1996)

- i) En primer lugar, diría que a la democracia deliberativa le interesa asegurar una protección especial a la *palabra* entendida en sentido amplio: la expresión personal en sus distintas modalidades. Ello así, conforme lo establece un principio de autonomía como el que defendiera en su momento John Stuart Mill, o, para nuestro caso, Carlos Nino en *Ética y derechos humanos*. La idea es que las personas deben tener la más amplia oportunidad de escoger y llevar adelante libremente sus planes de vida. Por ello mismo, cada uno debe tener la posibilidad de conocer modos de vida alternativos, y optar entre ellos, eligiendo, equivocándose, rectificando su rumbo, en un continuo proceso de ensayo y error. En otros términos, vivir como sujetos autónomos requiere que podamos entrar en conocimiento de los planes de vida más diversos (lo cual nos habla del valor intrínseco y a la vez instrumental de la existencia y el desarrollo de planes de vida diferentes).
- ii) En segundo lugar, diría que a la democracia deliberativa le interesa, en particular, asegurar una protección especial a la palabra *política*, esto es, al discurso referido a los modos en que se organiza la vida pública y se hace uso del aparato coactivo estatal. En tal sentido, la libertad de expresión pasa a ser vista como un súper-derecho, que ubica en su lugar más alto a la expresión política. En otros términos, lo que se dice aquí es que de las múltiples partes que componen al derecho de la libre expresión (expresión artística, comercial, discurso del odio, discurso ofensivo, obscenidad, etc.), la democracia deliberativa propone “ranquear” en primer lugar a una de esas partes componentes, cual es la relacionada con la discusión política. Ocurre que la discusión política alude a las cuestiones más sensibles, más relevantes para cada uno de nosotros, en relación con nuestra vida en común.
- iii) Más específicamente todavía, señalaría que a la democracia deliberativa le interesa asegurar un resguardo particular para la palabra política *crítica*. Siempre, pero sobre todo en sociedades como las nuestras, en donde el Estado

ha asumido el monopolio de la coerción, a la vez que controla el uso del dinero público, la ciudadanía debe reservarse el más amplio espacio para impugnar y desafiar los modos en que los funcionarios públicos hacen uso de su poder y de los bienes comunes.¹⁰ A resultas de lo anterior, me ha interesado señalar (por caso en Gargarella (2005), que la crítica política en general, y la protesta política en particular, merece ser vista como “el primer derecho.” El reconocimiento de la protesta como “primer derecho” no es simplemente retórico o declamativo: el mismo se funda en la idea de que se trata de un derecho con la capacidad de sostener o mantener vivos o intactos a los demás derechos. En otros términos, si el derecho a la protesta –el derecho a la crítica política- se cae, luego, todos los demás derechos quedan amenazados. Se trata, entonces, de un derecho-herramienta crucial para el sostenimiento de la vida digna dentro de una comunidad democrática.

- iv) En cuarto lugar, diría que a la democracia deliberativa le interesa garantizar la máxima protección a la palabra política crítica de todos, pero especialmente a la que proviene de los *grupos más desaventajados de la sociedad*. Dicha protección especialísima se justifica por la necesidad de asegurar que todos los miembros de la sociedad sean tratados (no igual sino) como iguales (Dworkin 1977), y la certeza de que los grupos más desaventajados deben contar con la máxima posibilidad de hacer conocer a las autoridades el tipo de padecimientos que sufren (sobre todo, cuando se trata de padecimientos que son ajenos a su propia responsabilidad). Este principio requiere de alguna calificación especial cuando hablamos de países como los nuestros (pienso en América Latina) que se han construido bajo la pesada marca de la *injusta desigualdad*.
- v) En relación con la anterior, señalaría que a la democracia deliberativa le preocupa

¹⁰ Una idea similar ha llevado a John Rawls a defender la “prioridad lexicográfica de su primer principio de justicia, Rawls 1971.

particularmente aquella situación en la que esos grupos desaventajados encuentran *dificultades especiales para acceder a los foros públicos, por razones que son ajenas a su responsabilidad*. En efecto, y como resulta especialmente previsible en contextos de desigualdad, el uso de la palabra tiende a distribuirse también de modo desigual; los grupos con mayor y mejor acceso al dinero o al poder encuentran inequitativas oportunidades de hacer conocer sus demandas; mientras que los sectores que más necesidad tienen de hacer llegar al público sus críticas y requerimientos, más difícil tienen el acceso a canales que son de común tránsito por los demás. Por ello mismo, la perspectiva deliberativa quiere ser especialmente sensible a las dificultades expresivas de los que más necesidad tienen de hacer conocer sus padecimientos. El hecho de que tales personas, en sus expresiones, desafíen algunos de los límites legales existentes, no debiera bastar como excusa para reprocharles sus faltas. *El Estado no tiene derecho, primero, a establecer condiciones injustas para el acceso a la palabra, fijando cercos injustificados a la expresión (i.e., acceden mucho mejor quienes cuentan con dinero), para luego simplemente reprochar a aquellos que, urgidos de expresar sus demandas, desafían tales cercos.*

- vi) Finalmente, haría referencia a lo que podría llamarse un *principio de violaciones sistemáticas*, según el cual, cuando los manifestantes protestan como consecuencia de la violación sistemática de derechos constitucionales básicos, las autoridades públicas deberían prestar especial atención al derecho particular en juego; al carácter de esas violaciones; y a las implicaciones que se derivan de su propia responsabilidad en ese respecto. La idea es que, contra lo que suele ocurrir, el Estado debería cuidarse especialmente de sancionar, en lugar de escuchar y atender, las quejas provenientes de violaciones graves de derechos, en las cuales él mismo se encuentra directamente implicado. Ello así, en particular, en el contexto de sociedades como las latinoamericanas, que

cuentan con muy robustos compromisos constitucionales en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales que se encuentran constitucionalmente garantizados.

vii) Una concepción deliberativa afirmaría todo lo anterior, por lo demás, con el agregado de algunas salvedades adicionales. En primer lugar, el reconocimiento de que ciertos “actos” también pueden contar como expresiones protegidas (algo que la propia jurisprudencia ha tendido a reconocer, por caso, en situaciones como la de quema de la bandera *Texas vs. Johnson*, 491 U.S. 397, 1989). Y, en segundo lugar, la idea de que el discurso deliberativo no está ni merece considerarse limitado al criterio del “mejor argumento.” Quiero decir -acompañando desarrollos más innovadores dentro de la tradición de la democracia deliberativa- que (particularmente en contextos como el nuestro) no debe pensarse a la democracia deliberativa como concentrada, exclusivamente, en asegurar una discusión en donde prevalezca “la fuerza del mejor argumento” (Habermas 1996). La discusión pública, en definitiva, puede alimentarse de razones, de intercambio de argumentos, pero también de expresiones que toman otras formas, más vinculadas a los sentimientos (i.e., el llorar o gritar), y aún, en ocasiones, de actos que implican comportamientos disruptivos. En tal sentido, y por ejemplo, David Estlund ha sostenido que en condiciones de “asimetría de poder” ciertos actos disruptivos pueden aparecer justificados como caminos para devolver “cierto presunto significado normativo a las conclusiones [del discurso]”. La razón fundamental última de este enfoque es autorizar “el remedio de ciertas desviaciones desde un acuerdo deliberativo ideal valioso desde el punto de vista epistémico” (Estlund 2005: 12)¹¹. Por razones similares, Iris Young

¹¹ De manera similar, Mansbridge intenta oponerse a la visión predominante de la democracia deliberativa. Afirma que “[muy] frecuentemente la deliberación ha sido percibida solamente como dirigida a alcanzar un entendimiento que produce un consenso sustantivo”, relegándose indebidamente el conflicto. Sin embargo, agrega, “la buena deliberación también debería iluminar el conflicto. Debería conducir a los participantes a

también ha afirmado la importancia de abrir espacios teóricos para el reconocimiento de acciones que desafían directamente las formas dominantes o más aceptadas de comunicación política¹². Finalmente, agregaría que este énfasis particular en la necesidad de proteger a la expresión crítica de los grupos más desaventajados no debe confundirnos en relación con aquello que está verdaderamente en juego en estos casos. Me refiero al hecho de que quienes protestan no lo hacen en nombre de un mero deseo expresivo sino, habitualmente, porque buscan llamar la atención sobre derechos sociales o económicos que el Estado infringe. Por ello, esta reivindicación de los derechos expresivos de los grupos más postergados debe venir siempre de la mano de una afirmación de los derechos fundamentales por los que ellos reclaman.

En definitiva, y según entiendo, a pesar de que Nino no llegó a articular una posición definitiva en materia de protesta social, considero que su teoría habilita, como en otros casos, una interesante respuesta concreta, frente al problema en juego.¹³ Dicha respuesta exigiría una protección muy particular de las demandas y críticas provenientes de los grupos más desaventajados de la sociedad. Ello, contra la tendencia que sigue siendo dominante en nuestro país, orientada a la criminalización de la protesta social

un entendimiento más matizado de sí mismos y de sus intereses, idealmente menos influenciados por ideas hegemónicas, de manera que pueda situarlos en conflicto abierto con otros participantes" (Mansbridge 2005: 1-2). En cambio, David Estlund desafía las concepciones dominantes desde un enfoque epistémico de la democracia deliberativa. Para él, "una actividad política muy aguda, disruptiva e incluso informalmente represiva [puede ser incorporada] en una aproximación deliberativa de la política democrática, recuperándose así una parte crucial de la promesa moral de la democracia" (Estlund 2005, 19).

¹² Para ella, "reunirse con los representantes de aquellos intereses típicamente atendidos por las relaciones institucionales existentes para discutir cómo abordar más justamente los temas que esas relaciones presuponen, otorga a aquellas instituciones y al proceso deliberativo demasiada legitimidad. Co-opta la energía de los ciudadanos comprometidos con la justicia, dejando poco tiempo para movilizar a las personas para romper las restricciones institucionales y el proceso de toma de decisiones desde afuera." (Young 2001, 682). Puede ser un "error cooperar con las políticas y los procesos que suponen restricciones institucionales injustas. El problema no es que las deliberaciones entre quienes toman las decisiones y los ciudadanos fallen en elaborar argumentos, sino que sus premisas de partida son inaceptables" (Young 2001, 683).

¹³ Dado el liberalismo tan fuertemente presente en la teoría de Nino, entiendo que en este caso, como en otros, Nino hubiera tenido ciertos reparos en suscribir rotundamente juicios como los que aquí señalo. Sin embargo, también me resulta claro que juicios como los que he presentado encajan sin mayores problemas en la teoría democrática que él ayudara a articular. Éste era un rasgo decisivo, propio de la limpieza de dicha teoría, y sobre todo del modo honesto en que él la defendiera.

(Gargarella 2005)

CONCLUSIONES

En las páginas anteriores, hice un intento de “tender puentes” entre la teoría liberal de la pena, articulada por Nino en los comienzos de su vida académica, con su teoría deliberativa de la democracia, que desarrollara en su última década de trabajo. Concentré mi atención, especialmente, en cuatro temas y cuatro desarrollos posibles para su teoría general: un primer tema, relacionado con las formas de creación del derecho penal; un segundo tema, relativo a la autoridad del Estado para ejercer reproches (muy en particular, a partir del uso del aparato coercitivo que controla); un tercer tema, vinculado con los contornos particulares que podría tener el reproche estatal, en el marco de una democracia deliberativa; y un cuarto tema, referido a la protección especial que merece la protesta social, desde dicha perspectiva deliberativa. Queda así presentada, entonces, una agenda de temas de investigación posibles, para aquellos interesados en vincular los trabajos de Nino sobre derecho penal y democracia.

BIBLIOGRAFIA

- Bazon, D. (1976) “The Morality of the Criminal Law,” *Southern California Law Review* 49, 385-405.
- Bazon, D. (1976b) “The Morality of the Criminal Law: A Rejoinder to Professor Morse,” *Southern California Law Review* 49, 1269.
- Bazon, D. (1988), *Questioning Authority: Justice and the Criminal Law*, New York: Alfred Knopf.
- Bergoglio, M. I; Amietta, S. (2008), “Las decisiones de jueces y jurados: La dureza del castigo penal según legos y letrados en la experiencia cordobesa,” *Anuario del CIJS*, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/ar/ar-013/index/assoc/D4558.dir/sec11007b.pdf>
- Bohman, J. (1996), *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, Cambridge: The MIT Press.
- Bohman, J. and Rehg, W. (1997) (eds), *Deliberative Democracy*, Cambridge: The MIT Press.
- Braithwaite, J. & Pettit, P. (1990), *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press.

- Burke, E. (1960), *Selected Writings*, Nueva York: The Modern Library.
- de Greiff, P. (2002) *Deliberative Democracy and Punishment Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, n. 2, 373-403.
- Delgado, R. (1985), "Rotten Social Background: Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?" *Law and Inequality*, 3, 9-90.
- Duff, A. (2001), *Punishment, Communication and Community*, Oxford: Oxford University Press.
- Duff, A. (2004), "I Might be Guilty, but You Can't Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial," *Ohio St. J. Crim. L.*, 245.
- Duff, A. & Garland, D. (1994) *A Reader on Punishment*, Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, R. (1977), *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Elster, J. (ed.) (1998), *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Estlund, D. (2005) "Democracy and the Real Speech Situation", Trabajo presentado a *IVR Conference*, Granada, España.
- Feinberg, J. (1965), "The Expressive Function of Punishment," *The Monist*, 49, 397-423.
- Ferrajoli, L. (2008), *Democracia y garantismo*, Madrid: Trotta.
- Fiss, O. (1996), *The Irony of Free Speech*, Cambridge: Harvard University Press.
- Garland, D. (2001), *The Culture of Control-Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press.
- Gargarella, R. (2005), *Derecho a protestar. El primer derecho*, Buenos Aires: Ad Hoc.
- Gargarella, R. (2009), "Thought on Punishment: Criminal Justice, Deliberation and Legal Alienation," en S. Besson & J.L.Martí, eds., *Legal Republicanism*, Oxford: Oxford University Press, 167-186.
- Gargarella, R. (2010), "Cuatro temas y cuatro problemas en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Nro. 2 (febrero), 199-207.
- Habermas, J. [1992] (1996), *Between Facts and Norms*, (Original *Faktizität und Geltung*), trans. W. Rehg, MIT Press, Cambridge, MA.
- Hart, H. (1968), "Prolegomenon to the Principles of Punishment," en H. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford: Oxford University Pres.
- Mansbridge, J. (2005) "Deliberation Everywhere", Trabajo presentado a *IVR Conference*, Granada, España.
- Murphy, J. (1973), "Marxism and Retribution," *Philosophy and Public Affairs*, 2, 217-243.
- Nino, C. (1983), "Hacia una nueva estrategia para el tratamiento de las normas de facto," *La Ley* 1983-D, 935.
- Nino, C. (1983b), "A Consensual Theory of Punishment", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, 289-306
- Nino, C. (1984), *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires: Astrea (tiene traducción al inglés en *The Ethics of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, de 1991).
- Nino, C. (1985), *La validez del derecho*, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1986), "Does Consent Override Proportionality," *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, no. 2. (Spring), 183-187.

- Nino, C. (1992), *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1993), *Radical Evil on Trial*, Conn.: Yale University Press.
- Nino, C. (1994), *Derecho, moral y política*, Barcelona: Ariel.
- Nino, C. (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*, Conn.: Yale University Press.
- Nino, C. (2005), *La legítima defensa*, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (2006), *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (2007), *Fundamentos de derecho penal*, Buenos Aires: Gedisa.
- Nino, C. (2013), *Una teoría de la justicia para la democracia*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Rawls, J. (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
- Roberts, J. Et al. (2002) *Penal Populism and Public Opinion*, Oxford: Oxford University Press.
- Schmitt, C. (1992), *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Cambridge: The MIT Press.
- Sozzo, M. (2011), "Transition to democracy and Penal Policy. The case of Argentina," Straus Working Paper 03/11, New York University.
- Von Hirsch, A. (1993), *Censure and Sanctions*, Clarendon: Oxford.
- Walgrave, L. (2000), "Restorative Justice and the Republican Theory of Criminal Justice," en H. Strang & J. Braithwaite, *Restorative Justice*, Burlington: Ashgate.
- Young, I. (2001) "Activist Challenges to Deliberative Democracy", en *Political Theory*, vol. 29, Nº 5.