
En busca de un derecho penal para la democracia constitucional*

Comentarios al trabajo de Roberto Gargarella, *Castigar al prójimo*
Capítulo 5 — ¿Cómo tender puentes entre el derecho pena
y la teoría democrática? Cuatro continuaciones posibles
para la teoría de Carlos Nino.

María Celeste Braga Beatove**

El capítulo que me toca comentar es prácticamente el esbozo de un tratado de derecho penal. Gargarella propone una agenda de investigación posible a partir de los trabajos de Carlos Nino, destinada a establecer puentes entre su mirada del derecho penal y sus estudios posteriores de teoría democrática.

Su propuesta consiste en 4 ejes de trabajo:

1) las exigencias propias a partir de una concepción deliberativa de la democracia, en lo que hace a las formas de la creación del derecho penal (origen); 2) 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); 3) la influencia que podrían ejercer sobre la justificación del reproche estatal los presupuestos y compromisos propios de la democracia deliberativa (pena); y, 4) 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).¹

Al tratarse de una agenda de propuestas que, asumimos, es tentativa y no pretende ser

* Agradezco a Celeste Elorriaga la transcripción de la versión oral de estos comentarios. Asimismo, le agradezco a ella y a Leopoldo Pérez Obregón por sus agudas observaciones a una versión inicial de estas reflexiones que fueron debidamente incorporadas. Fui acreedora, también, de una lectura atenta y empática de Nicolás Schiavo. Agradezco a Martín Böhmer por todo.

** Profesora, Universidad de Palermo y Universidad Torcuato Di Tella.

¹ Gargarella, Roberto, *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, p. 128.

exhaustiva, sólo se me ocurre entrar en diálogo con ella a partir de una reconstrucción de las ideas nineanas que, en ocasiones, se distancia de la ofrecida por Gargarella.

Para ello, intentaré realizar una lectura empática de las ideas de Nino, que comprenda sus categorías conceptuales y teóricas a la luz de las que eran sus preocupaciones al momento de diseñarlas, es decir, prestando atención a los problemas a los que, constructivamente, Nino pretendía dar respuesta. Se trata –creo– de un anacronismo justificado dado que las preocupaciones nineanas gozan, hoy, de plena vigencia². Con estos presupuestos en mente, mi (arriesgada) versión de Nino entrará en diálogo –a la Nino– con las propuestas de Gargarella.

I. Leer a Nino. El anacronismo justificado.

Para contextualizar las ideas nineanas querría tomar –o al menos imaginar– qué era lo que a Nino le preocupaba cuando pensaba su teoría de la democracia y demás cuestiones en el año 1983 y subsiguientes.

A Nino le preocupaban, al menos, dos cosas: por un lado, que contáramos con prácticas o convenciones que estuvieran justificadas; y, por el otro, el problema de la anomia.

168

Para justificar las convenciones y prácticas Nino recurre a la moral. Así, sostiene que cuando dos personas están conversando acerca de qué es correcto y qué vamos a considerar incorrecto están presuponiendo algunas cosas. E identifica, a partir de ahí, una serie de principios morales que nos permiten justificar, luego, una cierta concepción de la democracia y una cierta concepción de los derechos.

Al mismo tiempo, a partir de esa concepción ideal de la democracia y de los derechos Nino critica algunos de nuestros diseños institucionales y construye varias posiciones respecto de cómo debieran ser esos diseños institucionales para honrar los principios y, por ejemplo, promover las discusiones colectivas por sobre las decisiones individuales, o la deliberación por sobre los mecanismos de pura regla de la mayoría, etc. Aunque él no niega, claro, el valor de la deliberación individual, le da un estatus inferior respecto de la deliberación colectiva cuando tenemos que tomar decisiones referidas a preferencias de tipo impersonales³.

La segunda preocupación que tenía Nino, tiene que ver con su diagnóstico local: el problema de la anomia⁴. Podría resumirse así: una vez que tenemos un sistema de instituciones y prácticas justificadas, lo que nos tiene que preocupar es

² Quizás, sin darme cuenta, practique la técnica del anacronismo deliberado y de las atribuciones erróneas. No hay riesgo. Esa técnica, inaugurada por Pierre Menard y descubierta por un narrador cuyo nombre desconocemos, sólo tiene la virtud enriquecer el arte de la lectura.

³ Véase, Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

⁴ Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1995.

la autoridad del derecho. Esto es, encontrar formas de jugar el juego del derecho y de jugar dentro de los márgenes de la Constitución.

Entonces, Nino nos invitaba a tener una mirada más compleja –o sofisticada– de los problemas para diagnosticarlos y usar todo el entramado institucional con el fin de encontrar soluciones dentro del juego de la democracia constitucional. El derecho penal es una herramienta más dentro de todo este esquema que busca solucionar cierto tipo de problemas⁵.

El derecho, como práctica social, tiene una complejidad adicional: se trata de una gran obra colectiva que se extiende en el tiempo, fundada en cierto hecho constitucional, que depende de los aportes de diferentes actores cuyo producto final ninguno controla por completo. Por ello, hay una racionalidad específica en las obras colectivas. Dice Nino,

*Lo que resulta afectado, y se modifica cuando actuamos colectivamente en vez de individualmente, no es la validez de los principios valorativos últimos. Las acciones colectivas requieren diferentes criterios de racionalidad en la elección de principios o modelos valorativos, puesto que, en tanto nuestra aportación a una obra colectiva es limitada y no controlamos el producto final, lo racional puede ser elegir, no el modelo o principio más defendible, sino otros con méritos menores. Este tipo de racionalidad, constreñida en la obra colectiva por las elecciones de otros, podría ser denominada de “lo segundo mejor”, puesto que, muchas veces, nos lleva a un alejamiento progresivo del modelo óptimo, en atención a sus efectos sobre la obra global.*⁶

169

De este modo, el derecho como práctica social supone un razonamiento con una estructura escalonada en dos niveles: en el primero, se deben articular las razones (morales) que legitiman o no la práctica social constituida por el derecho positivo, es decir, evaluamos si hay razones para preservar la obra global –aun cuando no sea óptima. Aquí rigen razones sustantivas y procedimentales que permiten ubicar ese derecho en un continuo de legitimidad. Agrega:

*Se trata de reconocer que si la única forma de tomar decisiones, moralmente justificadas, ha de ser en el contexto de prácticas sociales existentes, se hace necesario preservar el orden jurídico vigente, salvo que sea tan injusto que no pueda ser mejorado y que la única decisión moralmente justificada es la que conduce a desconocerlo, aun a riesgo de no poder establecer otro con éxito*⁷.

Si el resultado del razonamiento es favorable a la legitimidad, aun imperfecta, de la práctica social del derecho positivo, es posible pasar al segundo nivel en que se trata de

⁵ Más adelante se discutirán las funciones del castigo.

⁶ Nino, Carlos S., *Derecho, moral y política*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, pp. 139, 140.

⁷ *Ibid.*, p. 143.

aplicar ese orden jurídico para justificar acciones y decisiones. En ese segundo nivel el razonamiento es constreñido dado que quedan excluidas las razones justificatorias incompatibles con la preservación o mejora de la propia práctica, si es que aquel arroja como resultado que ella es más legítima que cualquier alternativa realista⁸.

La preservación del derecho positivo como convención o práctica social de ningún modo implica congelar esa convención o práctica. Sin embargo, esta tensión entre producir una evolución de la práctica que la haga progresar hacia formas más perfectas de legitimidad y preservar la práctica no puede resolverse según fórmulas exactas; requiere prudencia y una buena dosis de suerte.⁹

A lo largo de esta conversación, asumiré que Nino respondería afirmativamente la cuestión de la legitimidad de la práctica social del derecho en Argentina – aunque, claramente, mejorable o perfectible. Así, Nino llevaría la conversación al segundo nivel del razonamiento¹⁰, más constreñido, donde el tipo de respuestas a los problemas que se presentan en el plano jurídico deberían contribuir a cuidar lo construido hasta el momento y mejorar la legitimidad del derecho dentro del juego, dentro de la propia práctica.

Por otra parte, pondré en duda la respuesta de Gargarella a cada uno de los pasos del razonamiento jurídico como lo pensaba Nino. Gargarella podrá, entre otras cosas, cuestionar tanto la estructura del razonamiento como la reconstrucción o la relectura que haré de sus respuestas a la luz de esta estructura.

170

III. Nino y Gargarella: constructivismo ético.

Entrar en conversación con otro demanda, en primer lugar y muy especialmente, tiempo y dedicación para estar seguros de que hemos leído (o escuchado) con generosidad hermenéutica. Empatizar, sumergirnos en el universo de ideas de Gargarella, preguntar para entender son los objetivos de este apartado.

1. Origen: elitismo penal / populismo penal.

Si bien Gargarella se refiere a la cuestión del origen de las normas penales en un sentido amplio –esto es, incluyendo los procesos legislativos como, así también, los procesos de interpretación y aplicación de las normas penales–, su propuesta se enfoca sólo en los procesos de creación de normas mayoritarios. Así,

⁸ *Ibid.*, pp. 143, 144.

⁹ Este razonamiento escalonado permite superar la paradoja de la superfluidad del derecho y la de la indeterminación radical del derecho en el razonamiento jurídico. Ver *Ibid.*, pp. 148 y ss.

¹⁰ Así lo hace, por ejemplo, en el debate con Zaffaroni. “Debate entre Carlos Nino y Eugenio Zaffaroni”, en: *No hay derecho*, II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8; y III, 8 (1993), pp. 25-26. Disponible en: <http://www.stafforini.com/nino/zaffaroni1.htm> Último acceso: 18 de julio de 2017.

su diagnóstico consiste en que los procesos de creación de las normas penales no son lo suficientemente deliberativos ni inclusivos y las decisiones quedan en manos de elites tecnocráticas o de quienes dicen/creen saber lo que el pueblo demanda. Son, básicamente, el problema del elitismo penal y el problema del populismo.

Gargarella nos debe, en este punto, algunas palabras acerca de cómo debiera ser el procedimiento de aplicación e interpretación del derecho penal en el ámbito judicial en una agenda nineana. Así, su agenda podría incluir, entre otros, pensar los fundamentos del proceso penal de la democracia constitucional, tomarse en serio los hechos en los casos concretos –para honrar la garantía de la presunción de inocencia–, desarrollar teorías de la interpretación constitucional del derecho penal –no sólo el procesal, también el sustantivo–, etc.

Entonces mi invitación en este punto es, sencillamente, a ampliar esta agenda.

2. Autoridad: sobre la justificación del castigo en sociedades desiguales.

Gargarella plantea la pregunta acerca de la autoridad del Estado para reprochar y sostiene que el Estado pierde su autoridad en dos supuestos: el primero, cuando crea y sostiene desigualdades severas; y, el segundo, cuando las normas penales tienen un problema de validez por una falla de representación/participación que afecta de modo decisivo el valor epistémico del procedimiento que les dio origen¹¹.

171

En relación al primer supuesto, sostiene,

[c]uando hablamos de inequidades severas como las arriba descritas [se refiere a la situación de grupos política y normativamente excluidos de forma sistemática], que encierran injusticias de las que el propio Estado, a través de sus acciones u omisiones (como insistiría Nino, 1984), es responsable de un modo decisivo, se hace difícil seguir reconociendo en este autoridad plena para ejercer reproches, y sobre todo en la forma en que quiere hacerlo...¹²

El texto es breve y corro el riesgo de mal interpretar las ideas de Gargarella, pero la idea de este intercambio consiste en invitarlo a darnos un poco más de eso que está pensando.

Entonces, el razonamiento de Gargarella parece ser el siguiente: 1) una denuncia: existe una situación de severa injusticia que afecta a ciertos grupos y los excluye sistemáticamente; 2) un culpable: esa situación es generada y sostenida por el Estado¹³; 3) si el Estado es el delincuente, la pregunta, entonces, es ¿quién es usted –Estado– para reprochar? (si el Estado es el delincuente, parece claro que no puede

¹¹ Véase Gargarella, *supra* nota 1, pp. 132-136.

¹² *Ibid.*, p. 134.

¹³ *Ibid.*, p. 133.

ser la Autoridad legítima de la democracia constitucional)¹⁴.

Si esta es una reconstrucción posible, deberíamos indagar si la premisa de la que parte Gargarella es, en algún sentido, equivalente a sostener que no estamos practicando el derecho dentro del marco de una práctica justificada. Así, para aclarar este punto, deberíamos arrojar luz sobre dos cuestiones que no están explicitadas en el texto comentado: por un lado, la pregunta acerca de qué significa, en términos empíricos y valorativos, que el Estado en Argentina genera y sostiene condiciones de desigualdad¹⁵; y, por otro lado, si ello es equivalente a afirmar que el Estado es ilegítimo, es decir, que nuestras prácticas no están justificadas a la luz de los principios.

En relación al segundo supuesto, Gargarella introduce el problema de la validez y añade otro argumento. Dice que hay algunas reglas del derecho penal que no gozan de una presunción de imparcialidad debido a la falta de participación de ciertos grupos desaventajados en el proceso de deliberación.

Así, el problema de la falta de autoridad del Estado para reprochar respecto de ciertos grupos estaría vinculado a la falta de participación de esos grupos en el proceso de toma de decisiones. Gargarella invita, con este argumento, a resistir las instituciones del castigo –asumo por parte de los operadores judiciales– dado que las sociedades modernas “carecen del derecho moral de castigar”¹⁶.

Aun asumiendo como verdadero el problema del elitismo penal y del populismo penal en Argentina, resulta difícil ver un problema de validez de las normas –si entendemos “validez”, como Nino, en un sentido normativo–; puede haber, en todo caso, un posible problema de déficit democrático en ciertas normas (tal como Gargarella señala en los primeros capítulos del libro) pero que no necesariamente afecta su validez¹⁷.

¹⁴ Este razonamiento se lo debo a una conversación con Martín Böhmer. Aquí está, de hecho, algo deslucido; resulta mucho más claro e iluminador cuando su autor lo dibuja en manteles o servilletas.

¹⁵ La premisa de la que parte Gargarella tiene varios presupuestos empíricos, conceptuales, teóricos y valorativos que no aparecen explicitados. Por ejemplo, ¿qué es el Estado? ¿Qué significa que el Estado genera y sostiene las desigualdades? ¿Cómo vamos a determinar que un Estado genera y sostiene las desigualdades? ¿Cómo medimos el daño? ¿Cómo le asignamos agencia al Estado en su conjunto? ¿Qué acciones u omisiones concretas nos permitirán acreditar que el Estado –todos sus poderes considerados– genera y sostiene las desigualdades, o cómo considerar la causalidad entre dichas acciones y el daño? ¿Qué tipo de responsabilidad tendrá el Estado? Suponiendo que encontramos una forma de acreditar que todos los poderes del Estado están contribuyendo con sus decisiones –sean acciones u omisiones– a generar y sostener las desigualdades, ¿la responsabilidad del Estado aparecería ante la presencia de un plan sistemático para generar pobreza y mantenerla, o alcanza con la negligencia? ¿Qué concepción de la democracia y de los derechos presupone esta forma de Estado? Etc.

¹⁶ Gargarella, *supra* nota 1, p. 135.

¹⁷ Véase Nino, Carlos S., “Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas de facto”, en: *La Ley*, 1983-D, p. 935.

Más aún, Nino reflexionó sobre la validez, entendida como fuerza obligatoria, de las normas de facto y de iure en el contexto del retorno a la democracia –es decir, a una práctica justificada–. Sostuvo que hay dos tipos de consideraciones para juzgar la legitimidad moral de las normas jurídicas: las que hacen a su contenido y las que hacen a su origen. En este sentido, a diferencia de las normas de origen democrático, las normas de facto no gozan de la presunción de que lo que ellas prescriben es justo. Sin embargo, dicha anomalía no les hace perder el carácter obligatorio sino que, según Nino, las normas de facto tienen una validez prima facie hasta que su adecuación axiológica sea examinada por órganos competentes. Por ello, “...[l]os jueces, que frente a normas de origen democrático están vinculados por la presunción de que su contenido es justo (salvo la violación de derechos básicos o desviaciones axiológicas extraordinarias), no pueden descargar su responsabilidad moral frente a normas de facto sin pronunciarse sobre la justicia de su contenido..”¹⁸. Así, aún en el caso de normas de facto con un déficit democrático total, Nino sostenía que las normas no pierden su carácter obligatorio prima facie y que los jueces están obligados a examinar si esas normas son sustantivamente justas antes de aplicarlas.

Si la democracia constitucional es una práctica que se extiende en el tiempo y el problema es el déficit democrático de algunas decisiones, la propuesta de resistir al derecho resulta difícil justificar en el marco del razonamiento constreñido que busca preservar y mejorar esa práctica. La pregunta, para aclarar la posición de Gargarella, en este punto sería: ¿la resistencia a las instituciones del castigo por parte de los operadores judiciales aparece como legítima cuando el Estado es ilegítimo –esto es, cuando el Estado es delincuente y no pasa el primer paso del razonamiento justificatorio– o cuando hay un problema de déficit democrático en la norma?

Tanto la premisa como las conclusiones a las que llega Gargarella requerirían, claro está, muchas más páginas. Sin embargo, sospecho que, tal vez, la/las preguntas sobre la autoridad para reprochar debieran plantearse –a la Nino– de modo constructivo (si uno asume la legitimidad del derecho argentino). La podríamos ensayar del siguiente modo: dado el hecho de la desigualdad y el modo en que el sistema penal impacta en los sectores de la población más vulnerables, ¿está nuestra actual política criminal justificada a la luz de nuestros compromisos constitucionales? Si no, ¿qué política criminal debiera construir la democracia constitucional inclusiva de todas las voces en el proceso? Y, ¿qué tipo de respuesta debieran dar los operadores del derecho en los casos en los que contextos de pobreza y exclusión se encuentran en conflicto con la ley penal?

¹⁸ *Ibid.*

3. La pena: los alcances del reproche estatal

Para trazar los posibles puentes entre la pena y la democracia deliberativa, Gargarella hace una descripción de la teoría de la justificación de la pena de Nino centrandolo su análisis sólo en una de las dimensiones de esta teoría, esto es, en el principio de asunción de la pena. Este principio, sin embargo, es el que permite resolver los problemas de distribución del castigo que tienen las justificaciones consecuencialistas de la pena –como la de Nino¹⁹.

Así, el principio de asunción de la pena permite justificar la aplicación del castigo a una persona en particular puesto que, como agente moral, se asume que ha consentido las consecuencias normativas que se derivan de sus acciones y decisiones en la persecución de su plan de vida. Así como en los contratos si una persona no cumple lo pactado consciente, por ejemplo, el pago de daños; en el derecho penal, al decidir actuar de cierto modo conociendo las consecuencias normativas de sus actos, las personas consienten la pena. Por supuesto, el derecho penal, para Nino, debe provenir de la deliberación democrática y ser respetuoso de los derechos constitucionales.

El principio de asunción de la pena resuelve los problemas de distribución que tiene el prevenicionismo penal como forma de justificación del castigo. En este sentido, la teoría del castigo de Nino está constituida por un mix de metas colectivas y derechos. Así, para Nino no existe un derecho a castigar, sino que la pena se justifica en tanto sea útil, esto es, siempre que sirva y sea eficaz para proteger prudencialmente a la sociedad. De este modo, el derecho penal debe buscar la protección prudencial de ciertos males como meta colectiva²⁰ y, al mismo tiempo, requiere el consentimiento de las personas para asumir responsabilidad, lo que supone que existen límites (constitucionales) al castigo que puede ser impuesto. Estos requisitos suponen derechos, pero solo derechos de los individuos a no ser condenados cuando algunas condiciones (procesales o sustantivas) no se dan²¹.

Nino estaba convencido de que el castigo –o algún tipo de coacción– cumplía la función disuasoria o preventiva mencionada:

...puede discutirse qué clases de actos las penas pueden y deben prevenir,

¹⁹ El prevenicionismo supone una visión holista de la sociedad: "...proporciona una razón para imponer penas –la protección prudencial de la sociedad contra males mayores que los que ella involucra–, pero carece de un principio de distribución que justifique la imposición de esas penas a ciertos individuos (...). El retribucionismo padece el defecto inverso: si bien incluye un principio de distribución de penas a ciertos individuos –principio que, por estar basado en el demérito moral, es, como vimos, cuestionable–, no proporciona, sin embargo, una razón convincente de por qué habría que imponer en general penas...", ver Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1984, cap. XI.

²⁰ Los males a prevenir son aquellos que supongan un daño a la autonomía de terceros.

²¹ Nino, Carlos S., *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015, p. 283.

pero parece no haber dudas que algunos actos deben y pueden ser disuadidos mediante algún tipo de penas por actos similares.

Por cierto, que esto de ningún modo excluye la posibilidad de que las actuales penas, sobre todo las privativas de la libertad, puedan reemplazarse por otras, con igual o aun mayor eficacia preventiva y con menos efectos deletéreos, y que aun medidas no estrictamente punitivas, aunque probablemente con algún componente coercitivo, puedan sustituir a las sanciones penales...²²

La propuesta nineana sobre las formas del castigo consiste, así, en elegir siempre aquel modo de coacción que suponga los menores efectos deletéreos²³ y que sea eficaz en términos de prevención de tipos penales legítimos²⁴.

Por su parte, Gargarella, siguiendo a Duff, sostiene que desde el punto de vista de las teorías de la democracia deliberativa, “...el objetivo del reproche estatal (antes que la pena) no debe ser, entonces, ni incapacitar ni atemorizar al ofensor^[25]. Lo que pretenden las concepciones comunicativas es entablar un diálogo moral con él, a fin de comunicarle el reproche social hacia lo que hizo.”²⁶

De este modo, la propuesta sustantiva de Gargarella postula que el reproche debería consistir en entablar un diálogo moral con el ofensor si pretendemos ser consistentes

²² Nino y Zaffaroni, *supra* nota 10, pp. 4-8.

²³ Para Nino, además, el mal prevenido debe ser mayor al daño producido por el ofensor sumado al daño causado al ofensor con el castigo. Véase Nino, *supra* nota 21, p. 230.

²⁴ Esta legitimidad dependerá, según Nino, de la eficacia y necesidad de la pena para minimizar males sociales globales como del respeto al marco de derechos que surgen de la combinación de los principios de inviolabilidad y autonomía. Véase Nino, *supra* nota 19, p. 297.

²⁵ Gargarella teme, como Duff, que el castigo suponga tratar a las personas como medios y no como fines, esto es, “como (un) actor[es] racional[es] que debe[n] ser manipulado[s] y/o motivado[s] en determinado sentido”, véase Gargarella, *supra* nota 1, p. 139. Nino hace referencia a esta cuestión en una nota al pie en su libro *Juicio al mal absoluto*, dice: “Duff sigue a Hegel al pensar que la amenaza del castigo supuesta en la existencia del derecho penal está justificada porque el sujeto de esa amenaza no tiene derecho al respeto que merece un hombre libre. Duff afirma que mi teoría del consentimiento es defectuosa al no brindar tal justificación. Este es un error que deriva del hecho de que la distinción entre amenazas y otras alternativas, como las ofertas, dependen de juicios de valor. Si el derecho penal es justo (como aquí se supone que es) no supone ninguna amenaza y no es percibido como tal por la gente que reconoce su justicia. (...) Por lo tanto, cuando hablamos acerca de ‘amenazas’ del derecho penal, debemos poner las palabras entre comillas, como si fuera mencionada por alguien que presume que el derecho penal no es justo.” Véase Nino, *supra* nota 21, p. 231. Según Nino, si nuestra práctica es legítima y los tipos penales son justos, entonces el derecho penal no debería funcionar como un mecanismo de amenazas o de manipulación, sino como un mecanismo de protección social que se toma las decisiones de los individuos en serio y les permite diseñar su plan de vida considerando las consecuencias normativas de sus decisiones con el fin de armonizarlas con los planes de vida de otros. Es decir, les permite ser persuadidos –como agentes morales de la democracia constitucional– por la consecuencia jurídica establecida en la norma que fue materia de deliberación y acuerdo mayoritario previo.

²⁶ Gargarella, *supra* nota 1, p. 139.

con el compromiso de la democracia deliberativa con la persuasión racional²⁷.

Algunas preguntas sugen de esta propuesta: ¿cuál es la diferencia entre justificar la pena y justificar el reproche? ¿Es el proceso penal el diálogo moral que propone Gargarella institucionalizado? O, ¿una vez concluido el proceso penal y determinada la culpabilidad, se iniciaría un tipo de diálogo diferente que tomaría la forma de “reproche”?

Si el proceso penal es el diálogo institucionalizado, la agenda nineana podría consistir en repensarlo y generar un ideal regulativo a la luz de los principios de la democracia deliberativa y los derechos. A partir de allí, podríamos evaluar el proceso penal actual y sus prácticas, pensar reformas, etc.

Si, por el contrario, el “reproche” que propone Gargarella fuese un tipo de diálogo moral que se inicia luego de un proceso legal, sumo más preguntas: ¿cuáles deberían ser las condiciones de ese diálogo? ¿Sólo consistiría en comunicar el reproche social o –dado que es un diálogo– esperamos un intercambio? ¿De qué tipo? ¿Con qué objetivo? ¿Podemos obligar al ofensor/a a entablar un diálogo con nosotros? ¿Es esta forma diálogo obligado una forma de la coacción justificada? ¿Buscamos convencer al ofensor de algo o también debemos estar abiertos a que nos persuada? ¿La víctima tendría alguna participación? ¿De qué forma podríamos institucionalizar este diálogo? Etc.

176 Finalmente, y más allá de la discusión acerca de la forma en que debemos reprochar o castigar, no resulta clara la justificación del reproche o del castigo que Gargarella o ciertas visiones de la democracia deliberativa ofrecen. Muy al pasar en una nota al pie, Gargarella dice que su visión del reproche no debería ser calificada como consecuencialista porque “...se propone emprender este esfuerzo comunicativo aun cuando estemos seguros de que el ofensor permanece incólume y no se reformará a través de nuestras expresiones”²⁸. Parece difícil imaginar formas no consecuencialistas de justificar el reproche sin comprometerse con alguna forma de perfeccionismo.

El acercamiento consecuencialista que propone Nino busca realizar el ideal de un sistema liberal de derecho consistente en que los individuos no se dañen unos a otros (por ello, los males relevantes para el derecho penal son aquellos que frustran la autonomía personal). El problema de las visiones consecuencialistas, por su parte, es el de la distribución del castigo. Ese problema desaparece cuando la distribución del castigo responde a las decisiones que autónomamente tomen los individuos en el desarrollo de sus planes de vida, asumiendo las consecuencias normativas de sus acciones que son el producto de un proceso de deliberación y respeto por los derechos.

²⁷ Para Nino no habría, a priori, inconsistencia entre la teoría de la democracia deliberativa y la pena o castigo entendido como la privación de un bien por las razones expuestas.

²⁸ Gargarella, *supra* nota 1, p. 139.

¿Cuál sería, entonces, la justificación no consecuencialista que ofrecen las visiones deliberativas más actuales?

4. La protesta social

El último punto de la agenda de Gargarella tiene que ver con la protesta. Es decir, la idea de cómo juega la protección primero de la palabra, luego de la palabra política, luego de la palabra política crítica y, finalmente, la palabra política crítica que proviene precisamente de grupos desaventajados.

Hay dos puntos que me parecen relevantes y que son interesantes pensar desde las preocupaciones nineanas. Por un lado, otra vez Gargarella se sale del razonamiento constreñido propuesto por Nino e introduce la idea de la posibilidad de ciertos grupos de desafiar los límites legales. Y, por otra parte, propone desafiar la lógica del mejor argumento incluyendo la posibilidad de que las expresiones sean de otro tipo, no solo con la palabra.

Me parece que, retomando las preocupaciones nineanas, es claro que la idea de proteger al máximo la expresión y generar, a la vez, canales institucionales que promuevan la inclusión de voces –incluso con mecanismos de democracia directa o cualquier mecanismo que fuera útil a tal fin–, formaban parte de las propuestas de Nino. Es claro, entonces, que el principio general es la protección de las diversas formas de expresión.

Sin embargo, Gargarella imagina situaciones en las que estarían, una vez más, justificados ciertos incumplimientos normativos o formas de resistencia al derecho. Así, dice: “El hecho de que tales personas [grupos desaventajados que encuentran dificultades especiales para acceder a los foros públicos, por razones ajenas a su voluntad] desafien con sus expresiones algunos límites legales no debería bastar como *excusa* para reprocharles sus faltas”²⁹. Surgen, a partir de aquí, algunas dudas que, creo, Nino nos invitaría a conversar para aclarar.

Un primer grupo de dudas se vinculan a las planteadas en el punto 2 de este trabajo. Así, si el delito consiste en crear y sostener desigualdades y el delincuente es el propio Estado, parece claro que todos somos víctimas y que el derecho es la “excusa” que el Estado usa para reprochar las faltas que otros cometen. Tenemos que aclarar, entonces, si para Gargarella tenemos razones que nos permitan justificar nuestra práctica y jugar el juego del razonamiento constreñido o no.

Pero asumamos por un momento que Gargarella imagina esta situación en el marco de una práctica justificada, es decir, allí donde la autoridad del derecho es, en principio, legítima. En esa práctica tenemos, de momento, 2 problemas: la desigualdad y la exclusión del debate público de ciertos grupos. Eso, por supuesto,

²⁹ Gargarella, *supra* nota 1, p. 142. La *italic* me pertenece.

nos debería invitar a leer sus manifestaciones de modo empático y, como dice Gargarella, admitiendo formas de expresión diversas a la del “mejor argumento”. La democracia constitucional, por su parte, debería encontrar formas de institucionalizar y dialogar con esos reclamos.

Sin embargo, no resulta claro de qué modo podríamos justificar, como sugiere Gargarella, el desafío de “algunos límites legales” (¿cuáles? ¿Dónde empiezan y dónde terminan?) por parte de ciertos grupos, ni tampoco la renuncia del Estado o la comunidad a alguna forma de reproche por las faltas que se cometieran.

Tal vez, esta reflexión esconde un tercer problema. Tenemos que reconocer que además de los derechos de aquellos grupos que protestan, en ciertos contextos pueden estar también en juego derechos de terceros. Así, la línea más difícil de trazar consiste en reconocer a partir de cuál “desafío legal” podría estar justificado que el Estado intervenga y de qué modo. Entonces, además de estrategias para la inclusión y protección de las voces y de las expresiones en las que es fácil acordar en abstracto, tenemos que pensar seriamente cuál será el rol (si alguno) del derecho penal y de las fuerzas de seguridad cuando con las expresiones de ciertos grupos que desafían límites legales, puedan verse afectados derechos de terceros. En esta línea, deberíamos acordar cuándo la libertad de expresión cede frente a ocasionales desafíos legales y cuando no –por ejemplo, porque constituyen daños a la propiedad, a la salud, la integridad física, a la vida, etc de terceros.

Por otra parte, deberíamos acordar, también, cuándo el uso de la herramienta del derecho penal estará justificada en los casos de daños a terceros. En este punto deberíamos cuidar muy especialmente que la finalidad del derecho penal no se desvirtúe en la práctica. En efecto, en los casos de protesta suele utilizarse al derecho penal como mecanismo represivo perdiendo aquella finalidad –la protección prudencial de la sociedad– en la que encuentra justificación y deberes. Encontrar el equilibrio no es una tarea sencilla, pero está claro que el derecho penal debe servir, en el mejor de los casos, al propósito de desalentar acciones y resultados considerados democráticamente disvaliosos, y la expresión y la protesta se encuentran precisamente en las antípodas al ser precondiciones del juego democrático.

III. La agenda común: Un derecho penal para la Democracia Constitucional

Gargarella y Nino comparten, creo, una misma ambición: construir la práctica del derecho penal para la democracia constitucional.

Como en toda conversación, aparecen algunas distancias entre los interlocutores que invitan, precisamente a la deliberación, a encontrar formas compartidas de mirar y resolver.

Resumiré, muy brevemente, algunos de los puntos señalados y las preguntas para Gargarella:

- Sobre el origen: Gargarella nos debe algunas reflexiones (al menos iniciales) sobre los fundamentos del proceso penal de la democracia constitucional y, muy

especialmente, una teoría de la interpretación del derecho penal para la democracia constitucional.

- Sobre la autoridad: su tesis sobre la falta de autoridad del estado para reprochar demanda algunas aclaraciones empíricas y valorativas de sus presupuestos. Esto es, de la premisa que dice que el Estado “genera y sostiene condiciones de desigualdad” y su conexión con la pérdida total de la autoridad para reprochar por parte del Estado y sus consecuencias en la práctica global.
- Sobre origen de la legitimidad de la resistencia al derecho (autoridad y protesta): para Gargarella, ¿aparece cuando nuestras prácticas no satisfacen el primer escalón del razonamiento justificatorio o cuando las normas del sistema tienen un déficit democrático?
- Sobre la pena: si el proceso penal (una vez asumida la legitimidad de la práctica) es en sí mismo una instancia más del diálogo moral (Nino sin dudas estaría de acuerdo en este punto), ¿el reproche aparece durante y/o después del proceso penal? Y si el reproche es una forma de diálogo, ¿qué condiciones debería tener para ser institucionalizado? Además, sobre la justificación de la pena: si no es consecuencialista a la Nino, ¿cómo justifican las visiones deliberativas el valor del reproche?

Hay dos cuestiones que, en términos generales, ponen alguna distancia entre Gargarella y mi versión de Nino. La primera se refiere al plano de la justificación de nuestras convenciones y prácticas, esto es, al primer paso del razonamiento escalonado nineano. Si uno responde afirmativamente a esta cuestión, entonces, uno entra en el juego del derecho, de poner en práctica la democracia constitucional y tomarnos en serio las decisiones que surgen del juego democrático de las instituciones. Entramos, así, en el juego de la convivencia reglada.

He asumido a lo largo de este texto que Nino respondería afirmativamente a la pregunta sobre la justificación de las instituciones y prácticas. Y he puesto en duda, cuál sería la respuesta de Gargarella a esta cuestión en ciertos casos.

El segundo punto, se refiere a las formas de responder a los diferentes ejes de trabajo sobre el derecho penal propuestos en el capítulo comentado. Creo que las distancias entre Gargarella y Nino están condicionadas por la forma en que respondamos a la primera cuestión. Así, donde Gargarella invita a la resistencia, Nino invitaría a mejorar lo construido dentro del diálogo reglado, a robustecer la práctica, a mejorar la catedral.

Sospecho que aprender a vivir en el derecho es aprender a vivir en el juego de las tensiones y de las incertidumbres (de la política, digamos). Una vez más, Nino:

Hasta qué punto (...) hay que preferir preservar una práctica jurídica establecida a costa de no maximizar su justificabilidad de acuerdo con los principios ideales, o arriesgarse a socavar la práctica para aproximarla a las exigencias de tales principios, es una cuestión para la que no hay una fórmula exacta. Y del mismo modo, hasta qué punto hay que fortalecer las condiciones a priori del proceso democrático a riesgo de interferir en sus resultados, o respetar tales resultados aunque la satisfacción de sus precondiciones no haya sido impecable, es algo

*para lo que no existe un procedimiento algorítmico. La cualidad del buen juez, por ejemplo, se pone de manifiesto en la forma de combinar estas tres dimensiones con que el derecho se presenta desde el punto de vista interno*³⁰.

Sólo la sabiduría práctica podrá salvarnos.

Bibliografía

Gargarella, Roberto, *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

Nino, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

“Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas de facto”, en: *La Ley*, 1983-D, 935.

Ética y derechos humanos, Buenos Aires, Astrea, 1984.

La validez del derecho, Buenos Aires, Astrea, 1985.

“Debate entre Carlos Nino y Eugenio Zaffaroni”, en: *No hay derecho*, II, 4 (1991), pp. 4-8; II, 5 (1992), pp. 5-8; y III, 8 (1993), pp. 25-26. Disponible en: <http://www.stafforini.com/nino/zaffaroni1.htm>.

Fundamentos de derecho constitucional, Buenos Aires, Astrea, 1992.

Un país al margen de la ley, Buenos Aires, Emecé, 1995.

La constitución de la democracia deliberativa, Barcelona, Gedisa, 1997.

Derecho, moral y política, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.

Juicio al mal absoluto, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

³⁰ Nino, *supra* nota 6, pp. 196, 197.