Acuerdos, desacuerdos y dudas sobre las soluciones democráticas al castigo penal

Gustavo A. Beade[#]

En los últimos tiempos han aparecido algunas propuestas en relación con el castigo penal y su vinculación con ciertos contextos particulares de desigualdad estructural que requerirían otro tipo de soluciones, diferentes a las que brinda habitualmente nuestro derecho penal. Estos textos transitan por diversos carriles, algunos se vinculan más estrechamente con ciertos ideales políticos del republicanismo (Braithwaite & Pettit, 1990) y otros con ciertos aspectos de la filosofía moral y la deliberación pública (Duff, 2001). Sin embargo, ambas posturas comparten un aspecto esencial: una defensa fuerte de la democracia y la consideración de que la solución a muchos de los problemas del castigo provienen de soluciones dialógicas.

Estos trabajos originarios han sido seguidos por algunos otros textos que surgieron bajo su influencia y que buscan trabajar problemas concretos vinculados con el castigo penal. Así, las relaciones entre el castigo y la pobreza (Tadros, 2009), la posibilidad de inculpar a determinados ciudadanos en Estados en los que la situación de desigualdad es grave (Gargarella, 2011) y también, las condiciones que debería tomar en cuenta un derecho penal orientado hacia los preceptos del republicanismo (Marti, 2009). Estos escritos muestran que el derecho penal así como lo conocemos es insuficiente y demasiado limitado para comprender nuevos problemas que se vinculan, entre otras cosas, con deficiencias sociales estructurales que desembocan en altos niveles de desigualdad y también con elevados índices de pobreza. En este sentido, estos trabajos advierten que las consideraciones morales que implican imponer un castigo a otro dependen de los problemas estructurales de cada comunidad.

El texto trata sobre esas cuestiones morales a las que se refieren estos autores. De este modo, pretendo discutir, desde una posición similar a la que allí se plantea, ciertos aspectos con los que estoy en desacuerdo y que podrían verse desde otro punto de vista. Mi acercamiento a estos trabajos se basa en que hay una impecable detección de algunos problemas olvidados por la doctrina penal tradicional y también una notable capacidad de apartarse de los lugares más comunes por donde transitan estos estudios penales bien conocidos (§1). Sin embargo, aquí trataré de mostrar, por un lado, algunos desacuerdos con relación a ciertos aspectos de su concepción del castigo penal (§2), y por el otro, puntualizar algunas circunstancias respecto de las soluciones democráticas que proponen y su vinculación con la responsabilidad penal (§3).

§1. Los acuerdos con el *castigo democrático* y la crítica al derecho penal clásico

Estos trabajos proponen, a mi entender, nuevas miradas hacia viejos problemas. Esta visión no es compartida por ciertos penalistas tradicionales, quienes cuestionan que los planteos de estos textos sean diferentes a los que se han presentado en décadas anteriores por ciertas

[#] Becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en el Seminario de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la *Christian-Albrechts-Universität* de Kiel (Alemania) dirigido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy. gustavo.beade@daad-alumni.de Quiero agradecer por los comentarios y sugerencias a Roberto Gargarella, José Luis Martí, Gonzalo Penna y Santiago Roldán.

ramas del derecho penal. En consecuencia, según estos penalistas, estos textos abordarían problemas que, al parecer, han sido lo suficientemente discutidos. La primera impresión no siempre es la mejor y pese a que pareciera que estas cuestiones ya han sido discutidas por algunas disciplinas del derecho penal esta visión, según veremos, no es acertada. Me interesa mostrar en este apartado, algunas diferencias concretas que estos autores -a quienes trabajaré conjuntamente y aquí denominaré defensores del *castigo democrático*- se proponen presentar con relación a los planteos más conocidos del derecho penal.[1]

Es interesante mostrar, así como lo hacen estos textos, que el derecho penal no puede limitarse a una interpretación más o menos dura, más o menos bondadosa de cierta legislación vigente. Esta posibilidad es demasiado estrecha para entender que estamos hablando del elemento coercitivo más importante que tiene un Estado. En este punto, por ejemplo, el liberalismo clásico ve como un hecho consumado e indiscutible el castigar a otro. Es evidente que hay sobradas razones para entender esto así. Sin embargo, hay demasiadas preguntas englobadas dentro de esta misma afirmación. Según ciertas visiones liberales, es necesario castigar las violaciones a normas penales; ahora, la fundamentación del castigo y los modos de llevarlo a cabo son cuestiones bien discutibles. Estas variantes pueden verse, incluso, en otras formas de reproches, *e.g.* en los castigos de padres a hijos: en ciertos casos, hay padres que castigan a sus hijos para imponer su autoridad; en otros casos para mostrar e imponer ciertos ideales de conductas. Los padres también imponen diferentes grados y formas de castigos. Están los que todavía utilizan los castigos corporales, mientras que otros recurren a privaciones y limitaciones en ciertas libertades.

Las comunidades, por su parte, también pueden variar en sus juicios morales respecto de castigar tales o cuales conductas y el modo de llevarlos adelante. Estos aspectos son los que abordan decididamente los defensores del *castigo democrático*. Es aquí donde resulta interesante retomar la discusión absolutamente perdida en ciertos ámbitos académicos en donde las teorías del castigo sólo son una enumeración al comienzo de los manuales de estudio (*e.g.* Roxin, 2006).

En primer lugar, los trabajos de estos defensores del *castigo democrático* se apartan de dos aspectos dominantes en la literatura penal del último siglo: el liberalismo político como estandarte del *correcto* derecho penal y por el otro, el positivismo jurídico y el alto nivel de teorización general que impera en la dogmática penal continental europea. Empiezo por la segunda cuestión.

1.1 Las diferencias con los estudios penales tradicionales

Las soluciones provenientes del *castigo democrático* se diferencian de estos conocidos textos dogmáticos y pretenden reconducir la discusión hacia los aspectos morales que se presentan para imponer un castigo. Esta es una primera diferencia central que me interesa destacar: la dogmática jurídica trabaja exclusivamente con las normas vigentes, y se rehúsa a hacer consideraciones morales sobre los hechos que se presentan y queda situada en posiciones que -quizá- ni los defensores más fuertes del positivismo jurídico sostendrían. De hecho, es

[1] Roberto Gargarella me ha objetado el encasillamiento de su pensamiento acerca de la pena en lo que denomino aquí *castigo democrático*. Su posición, a partir de comentarios a este texto y considerando otros trabajos suyos aparecidos recientemente, muestran cierto reparo en la justificación del castigo en general. Sin embargo, él asocia al castigo con el dolor, en la línea planteada por H.L.A. Hart, lo cual yo sólo considero como una opción más entre otras que se pudieran pensar a partir de castigar a otro. En este punto, las opciones son variadas y podrían incluir opciones como la censura y el reproche público, lo cual -pese a que esto es discutible- se encuentra lejos del dolor como sufrimiento a través del encierro al que hacía referencia Hart y en lo que piensa Gargarella al referirse al castigo.

posible ver que la argumentación hacia el cuestionamiento de ciertas normas penales se vincula estrictamente con la voluntad originaria del legislador, como si eso bastara para avalar la aplicación de la norma, y despejara dudas por ejemplo, de su inmoralidad. No es necesario ingresar en esta cuestión, esto es, la vinculación o la separación de la moral y el derecho ampliamente discutida en la filosofía del derecho de los últimas cuatro décadas.[2] Esta apreciación también es destacada en numerosas formulaciones vinculadas con otros aspectos del derecho, como la interpretación constitucional. La discusión allí se centra en estos momentos, en distintas formas de abordar la interpretación y la solución de controversias entre derechos, para los cuales es innegable la intervención de ciertos principios morales (Dworkin, 1977; Alexy, 1985).

Sin embargo, me interesaría agregar que en los aspectos relacionados con la inculpación y la imposición de castigos, la moral también juega un rol amplio y esto se ve reflejado en las normas que nos rigen, las que se originan en nuestros juicios morales.[3] En el derecho penal, o al menos, según la visión *enmarcada* por la dogmática penal, al parecer, la moral no tendría un lugar permitido. Esta posición es bien curiosa, aún si se piensa esta postura desde el positivismo clásico que no niega o ignora que exista la moral, sino que la ubica por fuera del derecho. He aquí el olvido de los penalistas de autores y corrientes de pensamiento a la que deben una inspiración concreta y que declaradamente siguen, *e.g.* Kelsen, o al menos eso así parece (Roldán, 2011). Es claro que esta visión es inexacta, y es claro también que nuestros juicios penales derivan de nuestros propios juicios morales. Esto también es problemático para algunos penalistas quienes terminan defendiendo posiciones cuestionables o al menos incómodas sobre temas por demás complejos.[4] No puedo ahondar demasiado en esta cuestión, pero quisiera señalar que es útil a fin de identificar la moralidad presente en el derecho penal, remitirnos a un momento previo, a nuestros juicios morales anteriores a criminalizar una conducta. De este modo, la elección de una conducta determinada para ser criminalizada responde a la conocida distinción entre *mala in se* y *mala prohibita* (Duff, 2007; Husak, 2008).

Estos conceptos pueden ser clarificados brevemente: *mala prohibita* establece las conductas que serán o no prohibidas a partir de cierta decisión legislativa, y *mala in se*, actos que de por sí son siempre inherentemente malos *e.g.* matar a otro.[5] Esta distinción considerada tanto por filósofos positivistas (Gardner, 2001: 121; Kelsen, 1961)[6] y no positivistas (Duff, 2007; Husak, 2008), muestra la posición alejada en la que se encuentran algunos penalistas de tomar en cuenta la moral como algo relevante de las decisiones tomadas dentro de una comunidad. Pretendo

[2] Sobre esta discusión ver el clásico debate Hart-Dworkin (Hart, 1961; Dworkin, 1977).

[3] No puedo discutir esta cuestión en detalle aquí, pero habría que re-pensar la posibilidad de que verdaderamente no sea posible trabajar con una estructura teorica que permita resolver todos los delitos que existen e incluso evaluar la posibilidad de que sea innecesario efectuar grandes teorizaciones generales al respecto (Duff, 2007). Vinculado a este último aspecto, también habría que evaluar la plausibilidad o no de seguir esa tajante división entre parte general y parte especial iniciada en la literatura anglosajona hace poco tiempo (G. Williams, 1961). En este sentido, la discusión versa sobre la posibilidad de establecer la existencia de un núcleo estable que responda a cierta teorización general (parte general) que irradie desde allí un modo de resolver los conflictos hacia los delitos en particular (parte especial). Acerca de esta discusión ver Duff, 2007: 1-6; Moore, 1997; 30-6; Husak, 2008:58 y ss.; Gardner, 1998.

[4] En este sentido, la concepción de que los terroristas nunca se ven compelidos por las normas vigentes, y que por lo tanto se encontrarían en un estado de naturaleza en un sentido *hobbesiano* en donde no rige el derecho para ciudadanos y que por lo tanto, habría que tratarlos con un derecho *especial* para enemigos (Jakobs, 2005).

[5] Husak, 2008: 103 y ss.

[6] Kelsen concretamente señala que el punto de partida de una teoría del positivismo jurídico es afirmar que lo que no está establecido normativamente, *i.e.* en un tipo penal, no es un delito o contrario a derecho. En este punto es bien concreto "no hay *mala in se*, sino únicamente *mala prohibita*". Esto es como consecuencia de la vinculación del derecho penal con el principio nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, lo cual es válido no sólo en para la imposición del castigo penal sino también para la validez de cualquier sanción, lo que constituye la consecuencia del positivismo jurídico (Kelsen, 1960: 118).

concretamente mostrar aquí, que las obligaciones jurídicas son a menudo obligaciones morales creadas por el derecho (Gardner, 2001: 121) y por ende los intentos de re-pensar la criminalización de ciertas conductas, y los derechos a resistir el castigo son consideraciones morales válidas que deben ser tomadas en cuenta por el derecho. Esto último, también marca una diferencia con ciertos estudios abordados por la criminología, a los cuales se recurre para desacreditar algunos de estos trabajos: no se trata de preguntarse *cómo castigar*, o *qué conductas castigar*; se trata de pensar la vieja y a veces olvidada pregunta: *¿por qué castigar?* No quisiera aquí centrarme en un juicio estricto respecto de la dogmática jurídica que ya ha sido realizado y que además ha mostrado ciertas cuestiones interesantes (Nino, 1974), sino mostrar que muchos de estos trabajos se encuentran aislados en relación con ciertos presupuestos morales con los que necesariamente deberían encontrarse vinculados.

1.2 La reconstrucción del liberalismo clásico

La segunda cuestión que me interesa particularmente de estos trabajos es el abandono que muestran de ciertas lecturas monistas del liberalismo político imperantes en los penalistas y filósofos tradicionales (*e.g.* Feinberg, 1984). En este aspecto, la concepción de que el derecho penal responde a un criterio vinculado con el liberalismo político clásico, y que además constituye un ideal a alcanzar, es un concepto tan vacío como indeterminado que habría que discutir. Veamos: este criterio sustenta una posición que alguna vez fue indiscutida a partir de las ideas de ciertos pensadores liberales como John Stuart Mill o Paul J. A. R. von Feuerbach. Sin embargo, en nuestros días, esta postura le exige muy poco a Estados que son presionados desde otros sectores del derecho para cumplir con sus diversas y variadas obligaciones. Esta posición liberal, básicamente, concibe a los derechos como si tuvieran una sola cara y estuvieran representados sólo por la libertad negativa, *i.e.* el Estado debe dejar un margen amplio para el desarrollo de la autonomía y la privacidad. Esto responde a los criterios más tradicionales del liberalismo clásico: el antiperfeccionismo.[7]

Entiendo que las exigencias de otros ámbitos del derecho para que el rol del Estado sea activo respecto de ciertos incumplimientos (*e.g.* derechos sociales) son relevantes también al momento de pensar el castigo. En este punto, habría que entender que el Estado no sólo tiene la obligación de brindarme un cierto ámbito de privacidad y autonomía sino que también debería garantizarme que esta posibilidad no será ficticia ni limitada. Dejemos aquí al liberalismo al que volveremos en un momento.

Acerca de esta problemática, es posible considerar los derechos como construcciones con dos caras (Berlin, 1969). Una cara negativa, similar a la invocada por los liberales clásicos, que impide que el Estado avance hacia mis intereses, y por el otro, una cara positiva en donde los derechos exigen al Estado "un hacer", una actividad positiva. El republicanismo, por ejemplo, presenta esta distinción a partir de un criterio más complejo que se denomina libertad como no dominación, que tiene variadas implicancias y que no pretendo abordar aquí (Pettit, 1997). Pretendo, en cambio, mostrar que el criterio según el cual los derechos pueden ser pensados como de "libertad positiva" y "libertad negativa", es tomado y asimilado por algunos liberales igualitarios en lo que respecta a ciertas prestaciones puntuales, como por ejemplo, ciertos derechos sociales (Nino, 1993a).

Es posible interpretar que muchas de las exigencias respecto de la igualdad en las condiciones de vida de los ciudadanos que presentan al Estado algunos de los defensores del

[7] Este liberalismo antiperfeccionista puede verse claramente en Nino 1980.

castigo democrático se vinculan con este hacer positivo que señalo (Duff, 2007; Gargarella, 2011). En este sentido, estos autores remarcan que un Estado que tiene grandes niveles de desigualdad entre sus habitantes no se encuentra en condiciones morales de imponer un castigo originado en su propio incumplimiento respecto a ciertas condiciones mínimas de igualdad y dignidad. Se podría pensar que si vivo dentro de un Estado que no me otorga como ciudadano ninguna chance de salir de mi situación precaria, si no toma medidas o construye políticas públicas para equilibrar mi desgraciada *suerte constitutiva* (Nagel, 1979), *i.e.* haber nacido en la porción más desaventajada de la sociedad, no puede luego reclamar que ajuste mi comportamiento con ciertas normas de conducta que no he decidido ni en cuyo proceso de deliberación he participado.[8] En este punto, sería posible considerar que la desigualdad y la pobreza en una sociedad es una consecuencia de una distribución injusta, en la que claramente el Estado está involucrado (Tadros, 2009: 391). Es por ello que el Estado es responsable de remediar esta situación, y a quien debemos exigirle un cambio de comportamiento, antes quizá, que al propio individuo.

Esta postura del *castigo democrático* muestra dos cosas importantes: en primer lugar deja de lado la necesaria conexión entre el liberalismo clásico y cierta corrección en el derecho penal, a partir de entrar en consideración la existencia de dos caras de los derechos, que imponen un no hacer, tal como lo pensaban los primeros *liberales antiperfeccionistas*, pero también un hacer, una obligación del Estado vinculado con el pensamiento de los *liberales igualitarios*.

El segundo aspecto relevante se relaciona con el hecho de, al menos, poner en duda la legitimidad moral de la imposición de un castigo por parte del Estado, si esta libertad propugnada por el liberalismo clásico no está acompañada de ciertos niveles de dignidad e igualdad. Esto es importante para cuestionar la visión que sostiene que la posibilidad de actuar en base a razones surge sólo de la autonomía de los individuos y que ésta sólo está relacionada con mayores o menores niveles de libertad. El punto de vista de estos teóricos del castigo democrático, se centra también en diversos aspectos que conjuntamente con la autonomía, contribuyen a tomar decisiones razonadas para realizar acciones u omisiones. Quisiera cerrar esta caracterización mostrando brevemente, el modo de solucionar democráticamente los conflictos *i.e.*, el punto de acuerdo entre estas posturas a las que he englobado arbitrariamente bajo el rótulo de *castigo democrático*.

1.3 La legitimidad democrática como precondición del castigo

Los dos aspectos que he trabajado previamente son algunos de los puntos que me parecen atractivos del *castigo democrático* respecto de las posiciones clásicas del derecho penal. El otro punto particularmente interesante es la apelación a la democracia como instrumento central para la solución del conflicto y la imposición del castigo. En este aspecto, tanto los sostenedores del castigo democrático, con una afiliación más cercana al republicanismo, como quienes comparten esta visión a partir de los preceptos de la democracia deliberativa, se identifican con soluciones similares a partir de la necesaria participación de los ciudadanos en la deliberación y en el establecimiento de la legislación y diseño de políticas públicas. Sin embargo, es más difícil caracterizar esta cuestión debido a que no todos los defensores del *castigo democrático* coinciden plenamente respecto del modo de utilizar la democracia para la inculpación y el castigo y aquí se podrían marcar algunos matices. No es mi objetivo aquí efectuar distinciones detalladas, sino por el contrario presentar brevemente las coincidencias de estas posiciones.

[8] Desarrollo esta cuestión con algo más de detalle en Beade 2011b.

Existe una versión del *castigo democrático*, cercana a los preceptos de la democracia deliberativa, que distingue al castigo como un hecho por el cual uno debe responder ante sus conciudadanos como una forma de reconocer a su propia comunidad, formada por individuos a los que debemos rendirles explicaciones por ciertas conductas públicas que, en principio, habría modificado ciertos órdenes de cosas (Duff, 2007). Esta descripción supone también que, como miembros de una comunidad que delibera y decide cuál es la mejor solución, siempre a partir de escuchar las diferentes voces de quienes forman parte de ella. Existe la posibilidad de considerar que, en ciertas ocasiones, estas leyes que rigen mi existencia no pueden ser identificadas como de mi propia construcción; habría razones para pensar que no he participado en esas deliberaciones y que por ende, me encuentro ante obligaciones no consentidas, una especie de esclavitud frente a estas normas. Esta última circunstancia, según algunos de los defensores del *castigo democrático* reclamaría un déficit democrático amplio que implicaría una decisión autorizada de desobedecer al derecho frente a ciertas circunstancias de grave desigualdad (Murphy, 1973; Gargarella, 2008).[9]

Por otra parte, desde el republicanismo, algunos otros defensores del *castigo democrático* aportan algunas propuestas que van en una dirección similar a las que se presentan a partir de la democracia deliberativa. Así, para el republicanismo, la democratización del derecho penal estaría relacionado con la activa participación de la ciudadanía en la creación de políticas públicas y en el control de las actividades de sus representantes en lo que respecta a estas políticas penales (Martí, 2009). Esto también está emparentado con ciertos ideales que defiende el republicanismo como la promoción de la transparencia y responsabilidad del Estado.

Como podemos ver, el *castigo democrático* no requiere de la democracia como un sistema político legitimador de un derecho penal liberal, *i.e.* el concepto de que existe una combinación que incluye determinados factores entre los que se encuentra la democracia para constituir un derecho penal liberal, tal la formulación del liberalismo clásico. El *castigo democrático* exige la participación democrática en forma amplia y *no* formal. De este modo, admitiría la posibilidad de que se cuestionen las normas creadas por mayorías que sostienen a través de ellas algún tipo de trato desigualitario respecto de otros conciudadanos. Esta última coincidencia, también es relevante para mostrar que la democracia es una precondición de la creación de normas. El camino elegido por el castigo democrático, no es uno formal, sino uno material, en donde las normas penales reflejen la participación de los ciudadanos y no el mero cumplimiento de exigencias legislativas reguladas para el caso. Esta alteración que proponen es sustancial, dado que habría pocos Estados cuyas normas penales incumplan estos requisitos formales; en cambio el número de Estados que legisla a partir de ciertos ideales morales basados en principios originados por el liberalismo clásico, nuevamente el antiperfeccionismo, que desatiende la escasa o nula participación de ciertos sectores de la comunidad, lo cual contribuye a enfatizar cierto tipo de desigualdad.

§2. Los desacuerdos con el *castigo democrático*

Presenté en el punto anterior, algunos puntos de vista con los que concuerdo en relación con aquellas posiciones que he denominado *castigo democrático*. Básicamente tengo una cantidad de acuerdos con estas posiciones, pero también algunas objeciones respecto de ciertas propuestas que se presentan a partir de esta interpretación dialógica/democrática del castigo y también

[9] Acerca de estas variantes, ver S. Green, 2011.

algunas dudas sobre el modo en que estas posturas pudieran armonizarse sencillamente con sus presupuestos morales. Empiezo por las objeciones a las que puedo dividir básicamente en dos puntos centrales: los derechos y la víctima de la agresión.

2.1 La agresión y la víctima

Habría varias cosas que decir en relación a las víctimas de agresiones o delitos. Sin embargo, quisiera concentrarme sólo en ciertos aspectos generales sobre los que el castigo democrático hace un particular hincapié. La orientación del *castigo democrático* hacia la solución de los conflictos a partir del diálogo y la recomposición de la relación entre la víctima y el victimario soslaya una cuestión relevante a mi juicio, que es la *agresión hacia otro* que implica la comisión de un delito. Esto es particularmente reconocido por Antony Duff quien concretamente remarca, en crítica al famoso principio *milliano* de daño, el *harm principle,* el hecho de que no es lo mismo que pierda un bien valioso para mí porque se voló el techo de mi hogar por un huracán que lo arrastró con él, que la situación de que alguien lo haya tomado de mi propia propiedad y que ahora lo esté utilizando o que haya lucrado con él.[10] Para Duff esta diferencia es sustancial y pretende a partir de esta distinción, limitar la utilización del *harm principle* mostrando que la afectación que le produce a un tercero va más allá de un daño medible desde teorías generales pre-morales.

En este punto, Duff continua con su construcción y establece tres principios sobre los que se construye el deber de responder penalmente: primero se refiere a un principio de territorialidad, al que no me referiré aquí y dos principios sobre los que haré algunas referencias: la responsabilidad como *agentes morales* y la responsabilidad como *ciudadanos.* Duff señala que, siguiendo posiciones vinculadas al iusnaturalismo, la justicia retributiva se aplica a quien es moralmente culpable de haber realizado un acto moralmente lesivo (Moore, 1997: 33-5). En este sentido, establece que es la consideración como agentes morales y la adjudicación de responsabilidad por aquéllos actos lesivos realizados, la muestra concreta de que somos presumiblemente responsables respecto de otros agentes morales, con quienes compartimos la membresía de una comunidad moral (Duff, 2007: 47). Sin embargo, Duff agrega que no solamente debemos responder como agentes morales, sino también como ciudadanos, a nuestros conciudadanos, dado que ese es el nexo más fuerte que marca también el límite de una comunidad.

Duff pretende así separar dos cuestiones: por un lado señalar que no necesariamente debemos responder por todos nuestros actos como agentes morales y por el otro, que tampoco estamos obligados a responder por todos nuestros actos como ciudadanos. Existe una gran variedad de conductas que no son asuntos de mis conciudadanos, sino que, de existir responsabilidad, debería ser aclarada en un ámbito privado y excluido del escrutinio público (*inter alia* responder ante mis amigos por mi falta de atención o ante mi familia por mi excesiva carga de trabajo). La respuesta exigida hacia mis conciudadanos se centra en mis actos públicos y los males que pudiera causar vinculados con el derecho penal (Duff, 2007: 51).

La posición de Duff coincide, con más o menos variantes, con aquello que se ha denominado como justicia restaurativa, la cual se sostiene a partir del diálogo entre víctima y victimario para la reconstrucción de la relación afectada por una agresión o un delito. Esto se pretende estructurar a partir de la discusión del asunto y el acompañamiento de terceros, *e.g.* familiares y amigos que pudieran colaborar en llegar a un acuerdo respecto del conflicto entre

[10] *Cfr*. Mill, 1859; Feinberg, 1984.

estos dos conciudadanos (Duff, 2001; Gargarella, 2008; Martí, 2009). Esta forma de resolver el conflicto se enmarca dentro de una misión más amplia que tiene como finalidad presentar alternativas a la consideración del castigo tal como lo conocemos y que está asociado con cierta cuota de dolor (Hart, 1968: 4). En este contexto entran en consideración distintos modos conocidos como "penas alternativas" que incluyen actividades como la realización de trabajos comunitarios, el pago de multas, entre algunas otras. No quisiera detenerme sobre cada una de estas posibilidades, las cuales encuentro, en general, plausibles como una alternativa a inflingir dolor. Me interesaría presentar alguna consideración general sobre esta forma de abordar la solución del conflicto sobre la que tengo algunas objeciones concretas.

En primer lugar, tengo la intuición de que el *castigo democrático* pasa por alto el impacto que causa una agresión, un hecho delictivo sobre la víctima. El argumento que presenta Duff para desechar la visión corriente basada en el *harm principle*, no está vinculado con el tipo de solución que propone para los conflictos en general, al que según vimos, le otorga mayor gravedad que el mero hecho de ser dañado o lesionado. Este aspecto es bien destacado por Duff: existe una diferencia amplia entre la agresión de otro individuo y el mismo daño provocado por un acto de la naturaleza. Sobre esta cuestión puntual, quisiera efectuar algunos comentarios.

Mis intuiciones acerca de las emociones y sentimientos que tiene quien sufre una agresión que otra persona le ocasiona, cualquiera que sea, es diferente a la que impera en los sostenedores del *castigo democrático*. Entiendo que estas emociones están vinculadas con cierta sensación de impotencia y desapoderamiento, incluso difíciles de explicar. El hecho de que me vea privado de mi libertad, de mi propiedad, de mi integridad, de mis bienes o incluso de mi propia voluntad implica para nosotros, agentes morales autónomos, un conflicto importante y absolutamente particular. Quisiera poner esta cuestión en un aspecto emocional para situarlo por fuera de las razones que dominan nuestras conductas. Mi intención es deliberada y tiene una explicación concreta: es ese momento de agresión o privación un momento tan particular y único que las reacciones que surgen –allí o con posterioridad- no están basadas en razones. Es ese momento tan emocionalmente relevante que se evidencia en situaciones en las que las víctimas pueden tener reacciones tan diversas como llorar, gritar, quedarse inmóviles, hasta llegar a responder de forma más violenta como podría ser morir o matar a otro. Es esta situación provocada involuntariamente por una agresión o una conducta moralmente reprochable que tiende a generar luego, una reacción con más o con menos matices vindicativos. La reacción de la víctima está teñida por este color, el de las emociones y la razón vulnerada que derivan en una decisión concreta de evitar el dialogo razonado. El agresor pone a la víctima en un lugar incómodo, complejo, novedoso y también, muchas veces, doloroso. Luego de generar esa reacción, la víctima puede no estar dispuesta a situarse en un lugar en el que no estuvo antes, el diálogo frente al agresor, y al que le cuesta, en general, regresar luego de esta "revolución" emocional. La sensación de indefensión se agrava debido a factores externos, pero también debido al lugar en que el agresor la ha situado, muy diferente al que pudiera encontrarse en otro tipo de discusión. Esta cuestión creo que es central para presentar mi objeción o al menos cierto escepticismo sobre estas formas de resolver el conflicto, planteado en términos puramente democráticos.[11]

[11] La cuestión puede dividirse claramente entre los intentos de la comunidad para reintegrar al agresor rápidamente y, por otra parte la reconciliación entre víctima y agresor. La segunda circunstancia depende claramente del delito en concreto. Existen a primera vista hechos delictivos en los que la reconciliación se presenta como algo bien complejo, mientras que en otros casos la recomposición de la relación puede ser algo más sencilla. Por otra parte, la reincorporación del ciudadano a la comunidad es quizá el problema más

Esta objeción acerca del modo en que el *castigo democrático* propone resolver los conflictos entre los miembros de una comunidad es más bien de forma que de fondo. Estoy de acuerdo con que las soluciones tienen que surgir a partir de ideales democráticos concretos basados en el dialogo y la recomposición. Sin embargo mi objeción transita por otro carril. Quizá, cabría pensar en alternativas en la que la participación institucional del Estado sea más bien marginal, a diferencia de la *probation* o multas en donde la participación es concreta, y tratar de conseguir la forma de trabajar con esas emociones emparentadas, en gran medida, con la venganza. Las dudas están nuevamente centradas en el rol del Estado. En algunas circunstancias es el propio Estado el que desatiende ciertos reclamos y sostiene modelos de gobierno claramente desigualitarios, luego de lo cual no se encuentra moralmente en el mejor lugar para intervenir en un conflicto que ha creado. La víctima y el agresor podrían compartir su reclamo contra el Estado desde puntos de vista opuestos, "no me has protegido contra él" diría la víctima, "no me has ayudado de ninguna manera" podría decir el agresor. En definitiva ambos podrían señalar al Estado diciendo: *todo esto es tú culpa*.

2.2 Los derechos y las víctimas

Retomo la problemática asociada a lo que vinculo con la idea de asegurarles a las víctimas ciertos derechos que, en teoría, una agresión delictiva ha violado. En este apartado quisiera centrarme en los derechos como un elemento importante a considerar para la solución de conflictos.

En general la vinculación que se efectúa entre los derechos y el castigo está asociada con dos circunstancias relacionadas a ciertas visiones contractualistas como las que pudiera establecerse por ejemplo, a partir de Kant. La idea del desequilibrio entre la víctima y el agresor producido por la violación de un derecho y por el otro, el derecho de la víctima de recibir esa compensación por parte del Estado. Existiría una idea construida de que todos consentimos ciertos principios que debemos respetar, que todos valen por igual y que su ruptura equivale a esperar un castigo impuesto por el Estado (Nino, 1983). Estas formulaciones responden a diferentes formas de imponer un castigo que van tanto desde la aceptación del castigo por el hecho cometido contra la norma como si fuera un contrato basado en criterios preventivo-utilitaristas (Nino, 1980), como también a las tesis más o menos desarrolladas que asocian al castigo retributivo con el restablecimiento del desequilibrio que produce el agresor hacia su víctima al atacarla y violar sus derechos (Morris, 1976; Fletcher, 1999; Moore, 1999). En definitiva, todas estas posturas le otorgan al Estado la potestad de castigar a quien rompe con esas normas que *todos* decidimos establecer.

Por otra parte, el derecho de las víctimas a lograr una recomposición de su situación es otro punto conflictivo que se vincula concretamente con el llamado populismo penal.[12] El punto conflictivo está en sostener que la víctima sólo quiere venganza y reclama la mayor condena posible y en las peores condiciones para quien la afectó sin consentimiento previo. Desde el castigo democrático se han propuesto diferentes salidas que toman a las víctimas en serio, a partir de escucharla, acompañarla, darle contención y quizá también compensación económica por el hecho sufrido. La situación de la víctima es bien compleja y también difícil de solucionar, como he tratado de presentar previamente. La cuestión reside en analizar sí existe un derecho a infligir

complejo, pero a su vez presenta una gran variedad de soluciones plausibles. He intentado presentar una propuesta muy pequeña en torno al arrepentimiento en otra parte. (ver Beade 2011a).

[12] En otro lugar, trabajé esta dificil cuestión que involucra una gran cantidad de actores que incluye políticos, medios de comunicación y también juristas (Beade, 2010).

dolor a otro, y si por lo demás quien administre –moderadamente- ese dolor sea, otra vez, el Estado. De esta manera me interesaría, sencillamente, puntualizar que la asociación más tradicional de que el castigo es la imposición de dolor (Hart, 1968) puede ser revisada. El castigo puede ser reproche público, censura, y no sólo dolor. En definitiva estamos de acuerdo que el castigo es un mal necesario, no un fin en sí mismo (Braithwaite & Pettit, 1990: 6). Sin embargo, no quisiera avanzar por esta línea de argumentación, sino volver hacia la discusión vinculada a los derechos de las víctimas.

Retomando la cuestión, estas son las dos posiciones vinculadas con la idea de derechos que, en general, es rechazada por aquéllos defensores del *castigo democrático*. La visión es interesante, dado que logra evitar la discusión más trabajosa y sinuosa que implica la ponderación de los derechos afectados contra los derechos a afectar, lo cual en muchos casos termina con una asociación errada con cierta ética utilitarista.[13] Sin embargo, creo que es precipitado cerrar la discusión hacia los derechos pues entiendo que es posible enmarcarla en otro contexto igualmente relevante. Me interesa ingresar en esta cuestión, a partir de la vinculación de los derechos con la criminalización de las conductas. Nuevamente esto supondría un regreso a la distinción *mala in se / mala prohibita*. Entiendo que las bondades de los derechos pueden observarse a partir de otra óptica cercana al cuestionamiento de qué conductas son *mala prohibita*. Las posiciones del *castigo democrático* ven a los derechos siempre a partir de que el hecho ocurrió y en donde la decisión importante pasa por imponer o no un castigo. Mi posición aquí pretende ir por un camino diferente y anterior, el momento de la *criminalización* de las conductas.

En un trabajo reciente Douglas Husak presenta brevemente, lo que a su juicio es el comienzo para la articulación de una teoría de la criminalización: *el derecho a no ser castigado*. Husak toma esta primera aproximación hacia algo que, seguramente, seguirá desarrollando, pero que sería interesante explorar aquí.

Husak se centra en las obligaciones que uno podría imponerle al Estado para la criminalización de ciertas conductas. En este aspecto, estas decisiones (casi) siempre están limitadas por las normas constitucionales, y las garantías que el Estado está obligado a cumplir para evitar vulnerar la privacidad y la autonomía de los ciudadanos. Nuevamente aquí estamos situados en los principios liberales clásicos, y también en la libertad negativa en el sentido de Isaiah Berlin. La posición de Husak tiende a construir aquello que he señalado como libertad positiva, aquello que el Estado tiene que hacer para con los ciudadanos pertenecientes a la comunidad. Estas exigencias al Estado, presentes en otro tipo de reclamos, encuentran su forma a partir de las obligaciones argumentativas que le exige Husak para criminalizar una conducta (Husak, 2007: 100). En este sentido, no cualquier conducta, y no cualquier afectación, deberían ser criminalizadas. En definitiva, este derecho a no ser sancionado se transforma en una obligación del Estado en la construcción de la legislación que, entiendo, debe evaluar también otras circunstancias vinculadas a diferentes áreas. Coincidiendo en este punto con algunos de las defensores del *castigo democrático* quienes sostienen que un Estado gravemente desigualitario no se encuentra moralmente apto para castigar, entiendo que la existencia de esta circunstancia veda la posibilidad no sólo de la creación de nuevos delitos, sino también obliga la revisión de alguna de su legislación penal, *i.e.* un Estado desigualitario que *no tiene* políticas públicas de empleo, vivienda y educación no podría en su caso criminalizar la usurpación de terrenos públicos para

[13] Esta discusión se centra en los reclamos judiciales, pero en el fondo se trata de una discusión filosófica y no jurídica (Alexy, 1985; Arango, 2011).

ser utilizados como viviendas. Es por ello que el Estado no puede estar autorizado a violar derechos, incluso varias veces el mismo derecho, de determinados grupos de personas en forma reiterada. Si el Estado no crea vivienda o empleo, *i.e.*, viola derechos positivos respecto de estos derechos sociales, es posible exigirle que también revise su legislación penal, para evitar que estas imposibilidades y estas violaciones a mi dignidad personal, también me lleven a la pérdida de mi libertad personal entre otra cosas.[14]

Habría mucho que se podría decir acerca de esto. Me resisto a intentar siquiera, teorizar esta cuestión de forma acabada. Existen a mí entender demasiadas situaciones que *a priori* son inimaginables y son originadas como consecuencia de los altos grados de desigualdad que imperan en algunos Estados. Esto constituye una razón importante para evitar esta tentación, y concentrarme sólo en ciertas cuestiones genéricas, tangibles y concretas. Trato de precisar un poco más algunas de estas posibilidad de incumplir ciertas normas en otro lado (Beade, 2011b).

§3. Dudas y cuestiones pendientes

Quisiera en esta última sección concentrarme en algunos aspectos dirigidos a preguntarse respecto de alternativas que ciertos defensores del *castigo democrático* aún no han discutido en detalle. Me centro en este apartado particularmente en ciertos aspectos de algunos trabajos recientes (Martí, 2009; Gargarella 2011) que han mostrado un interés preponderante por cuestiones vinculados al castigo a partir de sus visiones republicanas y deliberativas de la democracia.

Encuentro aquí, algunas circunstancias que no puedo advertir con facilidad en algunos de estos trabajos, referidos la vinculación del republicanismo y la democracia deliberativa con ciertas teorías del castigo penal o la relación entre estos ideales democráticos con el proceso penal. Por otra parte, sería interesante analizar algunas de las formulaciones que se estructuran en estos textos respecto de las alternativas al encarcelamiento que proponen y también los modos y rasgos de la participación ciudadana durante el proceso penal. Sin embargo, pese a que todos esos aspectos contenidos en estos trabajos son interesantes, me interesa centrarme sólo en la forma en la que fundamentan el castigo penal, lo que a mi entender deja un espacio abierto para pensar en ciertas situaciones puntuales en las que habría que decidir cómo y porqué castigar a otro. Me dedicaré en lo que sigue a retomar la argumentación presentada en estos trabajos desde esta perspectiva puntual.

3.1 ¿Castigo sin teoría general de la responsabilidad?

En primer lugar, es difícil encontrar, debido a la complejidad del tema, un fundamento central a partir del cual estructuran la construcción del castigo penal de los defensores del castigo democrático. A diferencia de quienes los han precedido en estos desarrollos respecto del castigo, algunos autores, *e.g.* Roberto Gargarella y José Luis Martí soslayan una cuestión que, a mi juicio, es central y es la falta de justificación del origen de sus pensamientos respecto del castigo en sí mismo. Concretamente, ellos no justifican la propia noción de castigo, no se preguntan

[14] Esta quizá podría ser la diferencia central entre los enfoques de Husak en relación con los trabajos de Gargarella, Martí e incluso Duff respecto de la criminalización de las conductas: el enfoque desde donde cuestiona la ilegitimidad del castigo. Mientras los defensores del *castigo democrático* se centran en la ilegitimidad del Estado para castigar, basados en el incumplimiento sistemático de ciertas obligaciones morales y de otra índole, necesarias también para imponer un castigo ("las precondiciones del castigo" en el sentido de Duff), Husak se centra en lo que puede reclamar el propio ciudadano al Estado a partir del derecho a no ser castigado.

concretamente en sus trabajos ¿por qué castigar? Ellos podrían sostener que es posible partir de ciertas consideraciones distintas a la pregunta tradicional: ¿por qué castigar?[15] Tanto Gargarella como Martí, desarrollan sus nociones del castigo desde concepciones originadas en la filosofía política y basadas en la democracia y la igualdad como precondiciones del castigo. Claramente estos autores parten de una posición diferente y valiosa, centrada en problemas comunitarios concretos que se establece a partir de la pregunta: ¿por qué no castigar determinados hechos?[16] Este enfoque es interesante porque permite torcer el foco de la cuestión y empezar por casos marginales (o no tanto) en donde el enfoque es a partir de cierto *ser* y no como se hace habitualmente a partir de un *deber ser* determinado. Su postura cambia la visión y trata lo que pudiera ser previamente algo *subsidiario* como algo *principal*.

De todos modos, mi cuestionamiento podría ser considerado como una mera diferencia metodológica, la cual quisiera dejar de lado aquí, dado que más allá de que ese punto sería argumentable, todos estaríamos de acuerdo en que habría conductas que desde cualquier teoría moral o política, habría que castigar. En este punto, quizá deberíamos exigir de estas formulaciones una definición acerca de las razones para imponer un castigo en todos los casos, *i.e.* genéricamente. Este sería el aspecto central de mi pregunta. Trato de desarrollar un poco más esta cuestión en lo que sigue.

3.2 Merecimiento e Igualdad

Es posible que este inconveniente que puntualizo pudiera constituir sólo una asunto teórico irrelevante, dado que lo importante -podría decirse en defensa del *castigo democrático*- sería articular una forma de no imponer castigos injustos o de no imponerlos a los grupos más desaventajados de la sociedad. Sin embargo, y he aquí la diferencia entre una cuestión de importancia sólo teórica y otra que se vincule con un razonamiento práctico posterior, es que en general quienes abogan por el *castigo democrático* parten de ciertas cuestiones básicas, ciertas reflexiones abstractas respecto del castigo en sí mismo, que en algunos casos son contrapuestas. Mientras que Duff apoya su teoría comunicativa del castigo en principios básicos del retribucionismo como el merecimiento, Braithwaite y Pettit discuten esta posición a partir de criterios más asociados con el utilitarismo cuestionando el dominio del merecimiento como un elemento necesario para castigar (Braithwaite & Pettit, 1993).

Es bien complejo poder decidir una cuestión sobre la que es difícil tomar una posición definitiva e incluso admite, ante un hecho en concreto, más de una interpretación, lo que implica que siempre depende de quién la formule.[17] Con un poco más de claridad, podría decir que al imponer un castigo debo saber porque lo hago. Con un ejemplo trivial: no es lo mismo un padre que castiga a su hijo por el hecho del mal cometido, que si lo castigara para disuadir a sus hermanos de evitar seguir el comportamiento reprobado. Aquí yace la diferencia irreconciliable entre el retribucionismo y el prevencionismo: el modo en que voy a tomar al individuo castigado.

---

[15] Sin embargo, esta posición que han tomado respecto a la pregunta más general y compleja, no invalida que muchas de sus críticas también se dirijan hacia la cuestión más tangible del castigo, la cual se encuentra presente en el proceso penal. La democratización del proceso y el cuestionamiento sobre ciertos de sus presupuestos, según veremos, también se encuentra entre los objetivos de las discusiones presentadas por estos autores y que muestran nuevas carencias originadas en el liberalismo tradicional.

[16] De este modo es más sencillo incluso poder seguir el camino iniciado por Gargarella a partir de preguntarse sobre la legitimidad de la criminalización de la protesta social (Gargarella, 2005).

[17] Esta contradicción es posible verla en situaciones en donde dos funcionarios que trabajan respecto de un mismo hecho, le atribuyen a un mismo castigo finalidades distintas. Una muestra de eso puede verse en las visiones contrapuestas acerca de la finalidad del castigo en los juicios a los comandantes militares en Argentina en Nino 1993b y Malamud Goti 1996.

Al margen de esta complejidad que describo sería posible, siguiendo las posiciones que adoptan Gargarella y Martí en sus trabajos, en particular su compromiso con algunos ideales igualitarios, afirmar que deberían necesariamente situarse lejos del retribucionismo. Mi crítica hacia el retribucionismo es bien concreta y se dirige hacia un elemento inherente a la retribución que es el merecimiento. Desarrollo un poco más esta afirmación.

Entiendo que la consideración del merecimiento es algo complejo y que estos defensores del *castigo democrático* deberían rechazar, al menos siguiendo cierta línea de pensamiento igualitario que evita ese tipo de consideraciones. En mi opinión habría que seguir a quienes a partir de una argumentación, si bien diversa, pero que recorre un camino similar, ya sea por recurrir a la idea de la suerte moral o de la lotería natural, rechazan el concepto del merecimiento. Algunos de quienes parten de estos criterios *e.g.* Rawls, tratan de mostrar que nada de lo que hay en nuestras provisiones originales es merecido, *i.e.* nuestros talentos, nuestras virtudes, nuestra posición económica, etc. Si me ha tocado en suerte nacer en una familia con serias limitaciones económicas, carencias afectivas, situaciones que son claramente inmerecidas, de qué forma podemos retomar esta idea para sostener luego que por lo que hizo se *merece* un castigo. Habría mucho que decir respecto del retribucionismo, y también del merecimiento, incluyendo la posibilidad de considerar distintos tipos de merecimiento que pudieran transforman en plausibles algunas de estas posiciones.

Quisiera quedarme con una oposición basada en nuestras desigualdades originarias *in*merecidas (no compensadas) que difícilmente pudieran desembocar en comportamientos que *merezcan* ser reprobados públicamente. De este modo, el rechazo al merecimiento, en principio alejaría a estas posiciones de una posición retribucionista para acercarlas a cierto tipo de prevención. En general, los defensores del castigo democrático han manifestado su rechazo a la utilización del castigo como un elemento político central de una comunidad. Por el contrario, todos acuerdan que, basados en los ideales democráticos que los impulsan, es necesario tomar al castigo como la *ultima ratio*. En este sentido, habría posibilidades de utilizar la prevención, aunque no a través del castigo penal, para que a partir de campañas políticas informativas se informe respecto de una gran cantidad de nuevos delitos, logrando cierta interacción con los miembros de la comunidad. El diálogo a través de la comunicación política se complementa con la participación que los miembros de la comunidad deberían tener en la creación de las normas para que sean entendidas como *sus* normas.

No puedo desarrollar en este espacio con más detalle este argumento. La discusión debería ser más amplia y analizar las bondades de la prevención en determinados aspectos y las posibilidades de la disuasión en delitos más tradicionales (*mala in se*). Por el momento, es suficiente con señalar que cualquier aproximación igualitaria al castigo penal debería enfrentar los dilemas que presenta adoptar un concepto de retribución basado en el merecimiento, a partir de los problemas que, como he señalado, se presentan al intentar compatibilizar ambos conceptos.

§4. Palabras finales

Probablemente, no sea posible obtener una conclusión acerca de un tema cuyo desarrollo es bien prematuro. Aún queda mucho que decir acerca de esta problemática e incluso muchas discusiones por sostener a partir de estas buenas, nuevas ideas. Lo cierto es que es necesaria la discusión desde un plan similar para intentar entender correctamente los planteos de estos

defensores del *castigo democrático*. También es necesario mostrar que este camino es interesante, y que la búsqueda de soluciones provienen del mismo origen del que parten estos teóricos: la discusión.

Aquí sólo mostré algunas de la tantas diferencias que es posible encontrar con los planteos teóricos penales más conocidos, y puntualizar los cambios que a mi entender son plausibles. Por otra parte, también mencioné algunos problemas al tipo de soluciones propuestas por el *castigo democrático*, cuestionando el rol del inconveniente de siempre: el Estado. Señalé también que esto se basa en la compleja relación que surge a partir del vínculo que podría originarse entre la víctima y el victimario, el cual se construye sobre una base de irracionalidad difícil de explicar con claridad. Esta complejidad también hace difícil, según entiendo, la intervención de un Estado hipotéticamente responsable por la situación de ambos.

Destaqué algunas dudas que surgen a partir de la interpretación que efectúo de ciertos defensores del castigo democrático, además de construir ciertas exigencias sobre muchas de sus posiciones más interesantes respecto del castigo en concreto, en particular acerca de las medidas a utilizar para imponer el castigo en concreto, y también la función del castigo en las sociedades democráticas. Reitero, es mucho lo que queda aún por decir sobre estos temas. Al menos, el primer paso está dado.

Bibliografía

Alexy, Robert (1985), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Surhkamp.

Arango, Rodolfo (2006), "La ponderación y la ley de justicia y paz" en AA.VV, *La ponderación en el derecho*, Bogotá: Universidad del Externado.

Beade, Gustavo A. (2010), "El populismo penal y el derecho penal *todoterreno* en Argentina" en *Derecho penal y criminología,* Nº 90, Vol. XXXI, Bogotá: Universidad del Externado.

Beade, Gustavo A. (2011a), "Sobre el valor de la máxima 'debes vivir para ser penado' en una sociedad democrática" en *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional (Agosto 2011).

Beade, Gustavo A. (2011b), "Criminalizing Poverty" manuscrito.

Braithwaite, John & Pettit, Philip (1990), *Not just deserts: A Republican theory of criminal justice*, Oxford: Oxford University Press.

Braithwaite, John & Pettit, Philip (1993), "Not just deserts, even in sentencing" *Current Issues in Criminal Justice*, Volume 4, Number 3.

Berlin, Isaiah (1969), "Two Concepts of Liberty" en *Four essays on liberty*, Oxford: Oxford University Press

Duff, R.A. (2001), *Punishment, Communication, and Community*, Oxford: Oxford University Press.

Duff, R.A. (2007), *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing.

Dworkin, Ronald (1977), *Taking Rights Seriously*, Cambridge MA: Harvard University Press.

Feinberg, Joel (1984), *Harm to Others*, New York: Oxford University Press.

Fletcher, George (1999), "The place of victims in the theory of retribution", 3 *Buffalo Criminal Law Review* 51.

Gardner, John (1998), "On the General Part of the Criminal Law" en Duff, Antony, *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

Gardner, John (2001), "Obligations and outcomes in the law of torts" en Cane/Gardner (eds.), *Relating to Responsibility. Essays for Tony Honoré on his Eightieth Birthday*, Portland: Hart Publishing.

Gardner John (2007), *Offenses and Defenses. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law,* Oxford: Oxford University Press.

Gargarella, Roberto (2005), *El derecho a la protesta: El primer derecho*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

Gargarella, Roberto (2008), *De la injusticia penal a la justicia social,* Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Gargarella, Roberto (2011), "Penal Coercion in Contexts of Social Injustice" *Criminal Law and Philosophy* Volume 5, Number 1.

Green, Stuart (2011), "Just Deserts in Unjust Societies" in Duff & Green (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.

Hart, H.L.A (1961), *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.

Hart, H.L.A (1968), *Punishment and Responsibility*, 2nd edition, Oxford: Oxford University Press.

Husak, Douglas (2008), *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York: Oxford University Press.

Jakobs, Günther (2005), *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires: Hammurabi.

Kelsen, Hans (1960), *Reine Rechtslehre* 2. Auflage, Wien: Verlag Franz Deuticke.

Malamud Goti, Jaime (1996), *Game without End: State Terror and Politics of Justice*, Norman: University of Oklahoma Press.

Martí, José Luis (2009), "The Republican Democratization of Criminal Law and Justice, Besson, J and Martí, J.L., (eds.), *Legal Republicanism: National and International Perspectives*, Oxford: Oxford University Press.

Mill, John Stuart (1859), *On Liberty*, London: Longman, Roberts & Green.

Moore, Michael (1997), *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, New York: Oxford University Press.

Moore, Michael (1999), "Victims and retribution: a reply to Professor Fletcher", 3 *Buffalo Criminal Law Review* 65.

Morris, Herbert (1976), *On Guilt and Innocence*, Berkley: California University Press.

Murphy, Jeffrie G. (1973), "Marxism and Retribution" *Philosophy and Public Affairs* 2 (3): 217-243.

Nagel, Thomas (1979), "Moral Luck" en *Mortal Questions*, Cambridge: Cambridge University Press (2002).

Nino, Carlos S. (1974), *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México: UNAM.

Nino Carlos S. (1980), *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires: Astrea.

Nino, Carlos S. (1983), "A Consensual Theory of Punishment" *Philosophy and Public Affairs* (12) 289.

Nino, Carlos S. (1991), "La huida frente a las penas", publicado en *No Hay Derecho* (N° 4) reimpreso en *Los Escritos de Carlos S. Nino*, *Fundamentos de Derecho Penal* [Maurino ed.], Barcelona: Gedisa (2008).

Nino, Carlos S. (1993a), "On Social Rights" en Aarnio *et.al*. (ed.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner* Krawietz, Berlín: Duncker & Humblot.

Nino, Carlos S. (1993b), *Radical Evil on Trial*, New Haven: Yale University Press.

Pettit, Philip (1997), *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford: Oxford University Press.

Rawls, John (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass: Belknap Press

Roldán, Santiago (2010), "El pensamiento penal y la teoría general del derecho: el olvido de Hans Kelsen", ponencia presentada en el seminario *Derecho, política y moral en el siglo XXI-La actualidad de la teoría del derecho y del Estado de Hans Kelsen*, celebrado el 8, 9 y 10 de marzo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Roxin, Claus (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 4. Auflage, München: Beck.

Tadros, Victor (2009), "Poverty and Criminal Responsibility" en *J. Value Inquiry* 43: 391.

Williams, Glanville (1961), *Criminal Law: The General Part*, London: Stevens & Sons.