

Castigo y comunidad: algunas reflexiones en torno al debate Gargarella-Duff**

Punishment and Community: Some Thoughts about the Gargarella-Duff Debate

RESUMEN

El artículo analiza algunos puntos del diálogo entablado en los últimos años entre Roberto Gargarella y Antony Duff. Gargarella ha criticado a Duff por defender una mirada que incorpora elementos de dos concepciones políticas rivales, el liberalismo y el comunitarismo, dando lugar a una teoría que es internamente inconsistente. El problema de dicha crítica es que Gargarella incurre en el mismo tipo de contradicción que atribuye a Duff. Luego de identificar la tensión que está presente en la obra de Gargarella se propone una forma posible de resolverla.

PALABRAS CLAVE

Castigo, comunidad, democracia, comunitarismo, liberalismo, criminalización.

ABSTRACT

In this paper, I will tackle some issues that have been raised in a recent debate between Roberto Gargarella and Antony Duff. Gargarella has criticized Duff for defending a theory which mixes elements of two incompatible political views, liberalism and communitarianism. The problem about this line of criticism –I shall argue– is that Gargarella engages in the same kind of contradiction that he accuses Duff of making. After identifying the tension between two seemingly incompatible views in Gargarella's own work, I will offer a possible way to resolve such tension.

* Doctorando (UBA), LL.M. (Columbia Law School), Abogado (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata). Contacto: tomasfiks@gmail.com
ORCID: 0000-0003-1095-4900.

** Recibido el 15 de mayo de 2020, aprobado el 30 de noviembre de 2020.

Para citar el artículo: FERNANDEZ FIKS, T. *Castigo y democracia: algunas reflexiones en torno al debate Gargarella-Duff*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 49, mayo-agosto de 2021, 241-264.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.13>

KEYWORDS

Punishment, community, democracy, communitarianism, liberalism, criminalization.

SUMARIO

Introducción. 1. La filosofía del derecho penal de Roberto Gargarella. 2. Las “dos almas” en tensión en la obra de Antony Duff. 3. ¿Problemas comunes? Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Es para mí un verdadero honor contribuir a este número de la *Revista Derecho del Estado* en homenaje a uno de mis grandes maestros, Roberto Gargarella. Utilizo el término “maestro” en su acepción más pura, como *la persona de quien uno aprende*, con independencia de cualquier vínculo institucional, académico o laboral. Estoy convencido de que no hablo solo por mí cuando digo que el hecho de no haber sido (formalmente) alumno de Gargarella en alguno de sus tantos cursos no ha sido un obstáculo para poder aprender de él a través de los años. Este aprendizaje personal –todavía en curso– se debe principalmente a la generosidad del autor homenajeado, quien siempre se ha mostrado dispuesto a dialogar, a criticar (constructivamente) los trabajos que le son remitidos y a incentivar la producción original de aquellos que, tímidamente, se proponen dar sus primeros pasos en el mundo de la academia.

Como todo apasionado de las ideas (y, en especial, como alguien que ve en el diálogo al principal método para arribar a la verdad), Gargarella siempre ha mostrado interés en discutir e intercambiar argumentos con numerosos autores –que incluyen a Zaffaroni, Duff, Nino, Braithwaite, Pettit, Ferrajoli, Anitua, entre tantos otros– a lo largo de su extensa trayectoria, dando lugar a enriquecedores debates. Sin pretender ponerme a la altura de quienes integran esa larga lista de interlocutores, creo no obstante que la mejor forma de homenajear al profesor argentino es a través de un comentario crítico a sus ideas. En virtud de ello, y teniendo en cuenta mis propios intereses en la materia, intentaré cuestionar algunos postulados de Gargarella en el marco de sus contribuciones a la filosofía del derecho penal. Concretamente, analizaré críticamente una serie de objeciones que el autor ha formulado recientemente al filósofo del derecho penal Antony Duff.

La estructura del trabajo es la siguiente. En primer lugar, se brinda un breve resumen sobre la filosofía del derecho penal de Gargarella para contextualizar las críticas que realiza a Duff. Luego, se pasa a reconstruir la objeción concreta que interesa analizar en el artículo. Según se argumenta

en el texto, el problema de dicha objeción no es que sea errada, sino que el mismo aspecto objetable que Gargarella cuestiona a Duff está presente en su propia concepción del derecho penal. Existe, por lo tanto, un problema de consistencia interna en la posición de Gargarella. Finalmente, se propone una posible alternativa para resolver esa inconsistencia.

1. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL DE ROBERTO GARGARELLA

A pesar de que Gargarella se ha autodenominado, con modestia, “un inmigrante sin papeles para el derecho penal”¹, sus trabajos en el ámbito de la filosofía del derecho penal exhiben las características que están presentes en toda su obra: rigor analítico, claridad de exposición y una genuina preocupación por las repercusiones sociales del derecho. Según él mismo relata, su interés en el estudio de los presupuestos básicos del derecho penal nació a raíz de sus investigaciones sobre el derecho a la protesta. Esta línea investigativa lo impulsó a querer analizar más detenidamente el modo en que solemos pensar acerca de la imposición del castigo estatal, ámbito en el cual “tenemos un acercamiento a la materia muy poco reflexivo, muy inercial, muy contaminado”². Frente a este acertado diagnóstico, el trabajo de Gargarella ha provisto, si no una cura, al menos un esperanzador tratamiento.

Para muchos de quienes nos interesamos por las cuestiones fundamentales de la filosofía del derecho penal –¿se puede justificar moralmente el castigo?, ¿qué tipo de conductas pueden ser criminalizadas?, ¿qué autoridad tiene el Estado para castigar?–, los escritos del profesor argentino han sido inmensamente trascendentales, pues nos han introducido en una literatura poco explorada en nuestro medio y, por sobre todas las cosas, nos han enseñado otra forma de pensar acerca de los problemas fundamentales relacionados con la práctica del castigo penal: menos atada a dogmas, más crítica y reflexiva. Gargarella ha contribuido significativamente a difundir en Latinoamérica las ideas de autores tan significativos como Antony Duff, Philip Pettit, John Braithwaite y Jeffrie Murphy, no solo a través de sus escritos, sino también mediante su labor como co-director, junto a Paola Bergallo, de la colección Derecho y Política de la editorial argentina Siglo XXI, que ha publicado en traducción al español obras indispensables como *No sólo su merecido*³ de Braithwaite y Pettit y *Sobre el castigo*⁴ de Duff.

1 GARGARELLA, R. *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2008, 301.

2 GARGARELLA, R. *Castigar al prójimo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2016, 10.

3 BRAITHWAITE, J. y PETTIT, P. *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015.

4 DUFF, A. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015.

La filosofía del derecho penal de Gargarella se nutre de los autores referidos, aunque también presenta rasgos originales. Sus dos libros sobre cuestiones relacionadas con el castigo, *De la injusticia penal a la justicia social*⁵ y *Castigar al prójimo*⁶ (ganador este último del prestigioso Premio Konex), incluyen una serie de artículos académicos, notas publicadas en diversos medios periodísticos y debates con otros autores. A lo largo de estos dos libros, el autor desarrolla una amplia variedad de temas que resulta imposible abordar en este trabajo. Sin embargo, hay ciertas ideas que se repiten, en lo que podríamos considerar el “núcleo” de la filosofía penal de Gargarella. A continuación intentaré brindar una enumeración no exhaustiva de estas ideas, con el fin de acercar al lector el pensamiento del profesor argentino.

Una preocupación que resulta central en la obra de Gargarella es la posibilidad (o no) de justificar el castigo. Sobre este punto, señala que la práctica del castigo requiere de una justificación por tratarse, siguiendo a Hart, de la imposición deliberada de dolor efectuada por el Estado⁷. Habiendo reconocido el problema que supone la justificación del castigo, Gargarella rechaza las dos clases de respuestas más comunes –consecuencialistas y retribucionistas–, por considerarlas insatisfactorias. En relación con las fundamentaciones consecuencialistas, entiende que estas suponen el uso instrumental del ofensor, permiten justificar –*in extremis*– el castigo del inocente y se basan en ciertos presupuestos de difícil comprobación empírica⁸. En relación con el retribucionismo, considera que el sufrimiento merecido no es un bien intrínseco, y por tanto ve en la retribución un mero acto de venganza, incapaz de ser justificado desde la perspectiva de una sociedad moderna y liberal⁹. La alternativa que plantea el autor frente al fracaso de dichas respuestas consiste en una posición que integra el ideal de la democracia deliberativa y la filosofía política republicana, dando lugar a una teoría comunicativa del castigo que pone el énfasis en la noción de *comunidad*¹⁰.

En este sentido, siguiendo a Duff, Gargarella cree que las respuestas penales deberían ser incluyentes; es decir, deberían dirigirse al ofensor como a un miembro de la comunidad, quien ha cometido una acción legítimamente reprochable pero no por ello ha dejado de ser parte de la comunidad. En virtud de esa pertenencia, la respuesta penal debería orientarse a reintegrar al ofensor a la comunidad moral a la que defraudó con su accionar ilícito, y no a excluirlo aún más, pues “una comunidad decente no debería renunciar

5 GARGARELLA. *De la injusticia penal a la justicia social*, cit.

6 GARGARELLA. *Castigar al prójimo*, cit.

7 *Ibid.*, 10. La cita es de HART, H. L. A. *Punishment and Responsibility*, 2.ª ed. Oxford, OUP, 2008.

8 GARGARELLA. *Castigar al prójimo*, cit., 13.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*, 14.

a ninguno de sus miembros”¹¹. Así, la intención de Gargarella es “desarrollar una teoría de la justicia penal que tenga la noción de la comunidad moral como un principio organizativo”¹².

Asimismo, el autor formula su teoría penal desde la perspectiva de una filosofía política republicana, comprometida con el auto-gobierno colectivo, la intervención activa de los ciudadanos en la creación del derecho a través de un robusto diálogo democrático, y el fomento de ciertas virtudes cívicas como la solidaridad y el compromiso¹³. Para Gargarella, el derecho penal solo puede tener pretensión de legitimidad si es fruto de una discusión democrática en la que participen todos los ciudadanos en pie de igualdad –donde todas las voces sean oídas–. De acuerdo con este ideal (el autor reitera en varias ocasiones que la democracia deliberativa constituye un *ideal regulativo*), las respuestas penales existentes resultan deficitarias desde el punto de vista democrático. Concordantemente, Gargarella elabora contundentes críticas contra lo que él llama “elitismo penal” (la idea de que las cuestiones relacionadas con el castigo deben ser decididas por una élite de expertos conocedores del derecho, de espaldas a la ciudadanía) y “populismo penal” (la idea de que las cuestiones penales deben ser decididas por “la voluntad popular”, pero donde tal voluntad es identificada con la mayor cantidad de manos levantadas, de acuerdo con una concepción de la democracia meramente *agregativa* y, por tanto, opuesta al ideal de deliberación).

Es clara, por lo tanto, la influencia de Duff (el principal exponente de las teorías comunicativas del castigo), de Braithwaite y Pettit (los principales defensores de una teoría penal basada en el republicanismo) y de Nino (uno de los principales teóricos de la democracia deliberativa) en la filosofía penal de Gargarella.

Sin embargo, un aspecto que distancia a Gargarella de los autores recién mencionados es que él encuentra una especial dificultad a la hora de justificar el componente del castigo habitualmente identificado como “dolor” (o *hard treatment*). Para Duff, el dolor del castigo se puede justificar *en principio* –es decir, bajo ciertas condiciones ideales– porque el mensaje reprobatorio que se pretende transmitir al ofensor a través del castigo sería demasiado liviano y olvidable –carecería de seriedad– si no implicara una cierta carga (*burden*) para el ofensor. Asimismo, para este autor, una mera disculpa del ofensor a su víctima y a la comunidad de la cual forma parte resultaría una reparación insuficiente. Por lo tanto, si lo que se pretende es restablecer el vínculo dañado entre la comunidad y el ofensor, este debe antes experimentar

11 GARGARELLA. *De la injusticia penal a la justicia social*, cit., 44.

12 *Ibid.*

13 GARGARELLA. *Castigar al prójimo*, cit., 33.

alguna especie de carga, de modo tal que su castigo constituya una “penitencia secular” (*secular penance*)¹⁴.

Braithwaite y Pettit defienden una teoría penal republicana basada en la promoción del *dominio* –el concepto de libertad republicana–, en el marco de la cual principios como la *parsimonia* y la clemencia cumplen un rol importante. De acuerdo con ello, el tipo de castigos que su teoría promueve son el resarcimiento del ofensor a la víctima o el pago de una multa dirigida a un fondo de compensación de víctimas administrado por el Estado¹⁵. Sin embargo, en casos de delitos muy graves, ante los cuales “la comunidad tiene un interés justificado en protegerse contra actos futuros de violencia del infractor”¹⁶, estos autores entienden que la pena de prisión está justificada y los tribunales deberían imponerla¹⁷.

Nino, por su parte, ha defendido una justificación del castigo basada en la prevención de delitos y, por lo tanto, de carácter netamente consecuencialista. A diferencia del utilitarismo clásico, sin embargo, este autor ha fundado la permisibilidad moral del castigo apelando al consentimiento tácito a ser castigado que presta el delincuente al cometer un delito, pues, si bien conoce las consecuencias necesarias del acto delictivo (la imposición de un castigo), aun así lo lleva a cabo¹⁸.

Gargarella, en cambio, insiste recurrentemente en la imposibilidad de justificar el dolor que caracteriza al castigo. Para él, la comunidad tiene derecho a llamar al ofensor para que responda por su falta (*call to account*), pero esto no habilita la imposición adicional de un castigo que implique el sufrimiento del ofensor. Por este motivo, uno de los aspectos centrales de la filosofía penal del profesor argentino consiste en distinguir el *reproche* del *castigo*.

Ahora bien, si entendemos que el castigo implica, conceptualmente, la imposición deliberada de dolor o de un trato dañino (*hard treatment*)¹⁹, la posición de Gargarella se enmarca mejor como una *alternativa* al castigo que como una justificación. Si bien sería un tanto forzado llamarlo abolicionista –pues sus escritos no aluden específicamente a la abolición de las

14 DUFF, A. *Responsibility, Restoration, and Retribution*. En TONRY, M. (ed.), *Retributivism Has a Past. Has it a Future?* Oxford: OUP, 2011, 78-80.

15 BRAITHWAITE y PETTIT. *No sólo su merecido*, cit., 124.

16 *Ibid.*, 125.

17 *Ibid.*

18 NINO, C. S. *A Consensual Theory of Punishment*. En *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 12, n.º 4, 1983.

19 Existe un consenso pacífico en la literatura acerca de que el castigo penal contiene dos componentes básicos: un reproche (*censure*) y la imposición de dolor o sufrimiento (*hard treatment*). Véase BERMAN, M. *The Justification of Punishment*. En MARMOR, A., *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012; DOLINKO, D. *Punishment*. En DOLINKO, D. y DEIGH, J., *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*. Oxford: OUP, 2011. Gargarella parece suscribir esta posición al afirmar, siguiendo a Hart, que el castigo implica la imposición deliberada de dolor.

cárceles—, resulta claro que Gargarella está interesado en promover modos de resolución de conflictos que difieren radicalmente del castigo penal, y que son más fácilmente encuadrables bajo las corrientes modernas de justicia restaurativa²⁰. El juicio penal, para el autor, “se parece demasiado —por el modo en que está organizado— a un combate”²¹, dado que “[s]e trata de dos partes, enfrentadas la una contra la otra, y la cuestión es determinar cuál es la parte vencedora”²². Frente a este modelo, el tipo de respuesta que ofrece Gargarella se focaliza no tanto en la atribución de culpa y la imposición de un castigo, sino más bien en la restauración de los vínculos dañados: “[P]ues bien, esta idea [la idea de ‘combate’] es negada en una comunidad de iguales, cuyo propósito es el mutuo entendimiento, la reconciliación, el poder volver a estar juntos. Otra vez, los principios que guían este proceso no nos remiten al problema de ‘qué parte le tuerce el brazo a la otra’. Se trata, por el contrario, de recuperar o restaurar la vigencia de nuestros acuerdos en común”²³.

Si para Gargarella el castigo es difícil de justificar en términos ideales (como una cuestión de principio), resulta aún más difícil de justificar en contextos reales, sobre todo en aquellos contextos marcados por una enorme desigualdad económica estructural y por la vulneración sistemática de derechos básicos de los ciudadanos. En tales casos, no solo hay un problema de *standing* o de falta de legitimidad del Estado para juzgar —asumiendo que el individuo ha cometido el delito, ¿puede reprochárselo el mismo Estado que ha violado sus derechos una y otra vez?²⁴—, sino también un problema de identificación con el derecho: el ciudadano que se encuentra excluido y alienado no participa en la creación del derecho que luego le es impuesto coactivamente; la voz del derecho, por tanto, le resulta una voz extraña. En este punto, Gargarella adhiere a la posición de Murphy²⁵ y Duff²⁶, en cuanto a que, en contextos de desigualdad y exclusión extrema, el castigo no puede ser justificado²⁷.

Con lo dicho hasta aquí, el lector podrá advertir que los trabajos de Gargarella sobre el castigo no pretenden justificar o legitimar las prácticas existentes, sino todo lo contrario: pretenden demostrar que estas resultan inadmisibles. Este punto es reconocido expresamente por el autor, quien sostiene:

20 Véase, p. ej., la posición de BOONIN, D. *The Problem of Punishment*. Cambridge: CUP, 2008.

21 GARGARELLA. *Castigar al prójimo*, cit., 20.

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*

24 DUFF, A. *Tal vez yo sea culpable, pero ustedes no pueden juzgarme. El stoppel y otros impedimentos para el juicio*. En DUFF. *Sobre el castigo*, cit.; BEADE, G. *Who Can Blame Whom? Moral Standing To Blame and Punish Deprived Citizens*. En *Criminal Law and Philosophy*. 13, 2019.

25 MURPHY, J. *Marxism and Retribution*. En TONRY, M. (ed.), *Why Punish? How Much?*, Oxford: OUP, 2011.

26 DUFF, A. *Punishment, Communication and Community*. Oxford: OUP, 2001.

27 GARGARELLA. *De la injusticia penal a la justicia social*, cit., 33.

El hecho es que no tengo ningún afán por prescribir ningún castigo justificado. Más todavía, podría señalar que, a partir de todo lo que he explorado sobre el tema, aún no encuentro razones que permitan justificar, de ningún modo, lo que hoy nuestras sociedades hacen en la materia (siquiera en formas posibles, más atenuadas, minimalistas de ese castigo), y no tengo ningún apuro por encontrar ninguna justificación al respecto: hoy por hoy, mi tarea consiste en llevar adelante una crítica a –antes que una justificación de– las prácticas jurídicas actualmente existentes²⁸.

Pues bien, hecha esta síntesis, pasaré a examinar una objeción en particular que Gargarella ha realizado a Duff, de la cual me ocuparé en lo que resta del trabajo.

2. LAS “DOS ALMAS” EN TENSION EN LA OBRA DE ANTONY DUFF

En el capítulo 7 de *Castigar al prójimo*, titulado “El lugar del pueblo en el derecho penal: un diálogo con Antony Duff”, Gargarella retoma sus inquietudes acerca de la relación entre el derecho penal y la democracia²⁹. La idea central que recorre el texto es que, cuando se trata del derecho penal, las razones a favor de la intervención del pueblo en la creación del derecho son especialmente fuertes debido a que lo que está en juego es la manifestación más brutal del poder del Estado.

A partir de esta premisa, Gargarella sostiene que el autor que ha realizado el mejor intento de articular las cuestiones básicas del derecho penal y de la teoría democrática ha sido Antony Duff. Sin embargo –agrega–, el modo en que Duff ha ensamblado tales consideraciones no está exento de problemas. Concretamente, lo que le preocupa a Gargarella es el lugar que Duff otorga a las comunidades democráticas en la definición de cuestiones fundamentales relacionadas con el derecho penal³⁰.

Explayándose sobre este punto, el autor argentino manifiesta que el trabajo de Duff se encuentra atravesado por la presencia de dos almas en tensión: un alma democrática y otra liberal. El alma democrática está marcada por las “referencias a una comunidad lingüística, a una ley que el pueblo toma como propia, a la comunidad y la soberanía”³¹. Así, “la teoría comunicativa del derecho penal de Duff es sensible a consideraciones democráticas en distintos sentidos”³². Para Duff, una precondition de la responsabilidad criminal es que el ofensor pueda identificar al derecho por el cual es llamado a responder como *su* derecho. Esto implica que la voz con la que habla el derecho debe ser una voz familiar para el ofensor, y para ello resulta crucial que este ten-

28 *Ibid.*, 322.

29 GARGARELLA. *Castigar al prójimo*, cit., 167.

30 *Ibid.*, 165.

31 *Ibid.*, 173.

32 *Ibid.*

ga algún tipo de intervención en la formación de aquel. Siguiendo con esta línea, el derecho no debe ser visto como un conjunto de órdenes impuestas sobre los ciudadanos desde el exterior, sino como la materialización de una serie de valores comunes a través de los cuales quienes están sujetos a él se reconocen como una comunidad política³³. Ello tiene claras implicaciones sobre la (falta de) legitimidad de una sociedad para imponer coactivamente el derecho a quienes han sido excluidos de la misma: dado que los excluidos no pueden identificarse con el derecho (pues no han participado en su conformación y no ven reflejados en él sus valores fundamentales), la comunidad no puede exigirles que respondan por actuar de manera ilegal³⁴. De acuerdo con ello, la teoría penal de Duff no solo se enfoca en “qué es y qué no es injusto”, sino también en la pregunta sobre “frente a quién o a qué somos responsables por las ofensas que cometemos”³⁵. El énfasis, por lo tanto, es puesto en la naturaleza *relacional* de la responsabilidad penal. Todos estos rasgos conforman el alma democrática de la teoría de Duff.

Su alma liberal, por contraste, está compuesta por sus constantes referencias a una comunidad *liberal* (concepto que Gargarella encuentra difícil de comprender), la cual incluye compromisos fuertes con valores paradigmáticamente liberales como la autonomía, la libertad y la privacidad³⁶. Un aspecto crucial en el cual, según Gargarella, se manifiesta el alma liberal de la teoría de Duff es la forma en que se determinan las “ofensas públicas” (*public wrongs*): tal determinación se hace “para la comunidad y en nombre de la comunidad, pero sin la intervención del pueblo”³⁷. Para Duff, existen ciertas ofensas que son consideradas públicas ya que no solo afectan a la víctima particular, sino también a la comunidad que se identifica con los valores atacados por dicha ofensa. Esto implica que el ataque a un miembro del grupo consiste más bien en un ataque al grupo, dado que el grupo se identifica con el individuo atacado en términos de una “cierta identidad compartida, valores compartidos, cuidados mutuos”³⁸. El problema es que la determinación de cuáles son esos valores no parece estar sujeta al debate colectivo. Esto se ilustra con claridad en el caso de los crímenes más fundamentales (los delitos *malum in se*), respecto de los cuales Duff sostiene que el derecho penal no crea ofensas, sino que las reconoce. Es decir, el derecho penal meramente “declara como ofensas públicas a ofensas preexistentes”³⁹. Gargarella encuentra esta visión problemática, a la luz de los compromisos democráticos asumidos por Duff en el “alma democrática” de su teoría, puesto que “los miembros

33 DUFF. *Punishment, Communication and Community*, cit., 6.

34 GARGARELLA. *Castigar al prójimo*, cit., 176.

35 *Ibid.*, 177.

36 *Ibid.*, 179.

37 *Ibid.*

38 *Ibid.*, 180.

39 *Ibid.*, 181.

de la comunidad tienen un rol extremadamente limitado en cuanto al reconocimiento y definición de qué conductas constituyen ‘ofensas públicas’, es decir, ofensas contra la comunidad”⁴⁰. El profesor argentino no impugna esta forma de definir a los delitos *per se*; lo que objeta es su incompatibilidad con algunos de los postulados de inclinación comunitarista que están presentes en la teoría de Duff. En este sentido, sostiene, “tenemos buenas razones para adoptar este esquema para definir crímenes, pero resultaría curioso considerarlo un enfoque particularmente sensible a los entendimientos compartidos de la comunidad, o hablar del derecho penal organizado de este modo como un derecho penal que habla con la voz del pueblo”⁴¹.

Recientemente, Gargarella retomó esta crítica a Duff en oportunidad del simposio⁴² que se realizará sobre la obra de este, “The Realm of Criminal Law”⁴³. En su artículo “Democratic dialogue, multiculturalism and ‘public wrongs’”⁴⁴, Gargarella alude nuevamente a la idea de las dos almas en tensión en la obra de Duff para exponer algunos problemas sobre la forma en que este define a las “ofensas públicas”. En la introducción, señala que tales problemas son: (i) la dificultad de mantener una concepción de “ofensas públicas” como la que sostiene Duff en el marco de sociedades radicalmente plurales; (ii) las confusiones generadas por las oscilaciones permanentes de Duff entre una posición liberal y otra comunitaria; (iii) las dificultades institucionales que acarrea la posición de Duff, y (iv) las tensiones que pueden existir entre “la voz de la comunidad” y la democracia.

La idea central que recorre el texto es que la forma en que Duff define las “ofensas públicas” es inconsistente con las demandas de las sociedades multiculturales en las que vivimos, y también con algunas asunciones básicas sobre la democracia⁴⁵.

El punto de partida de Gargarella es que las comunidades modernas están conformadas por grupos que tienen distintos sistemas de valores y miradas diversas, e incluso opuestas, acerca de qué es lo bueno, justo, etc. A esto le llama “el hecho del desacuerdo”. Para ilustrar este punto menciona algunos ejemplos. Entre otros, un caso en que la Corte Constitucional de Colombia reconoció como legítimas algunas modalidades de implementar justicia practicadas por pueblos aborígenes que bajo una mirada occidental serían

40 *Ibid.*, 182.

41 *Ibid.*

42 Symposium on Antony Duff’s “The Realm of Criminal Law”. En *Law, Ethics and Philosophy*. Vol. 7, 2019, 157-271. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/LEAP/issue/view/28117/WHOLE%20NUMBER> (enlace verificado por última vez el 29 de octubre de 2020). El texto de Gargarella, *Democratic Dialogue, Multiculturalism and “Public Wrongs”*, aparece allí en las páginas 190-207.

43 DUFF, A. *The Realm of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

44 GARGARELLA, R. *Democratic Dialogue, Multiculturalism and “Public Wrongs”*. En *Law, Ethics and Philosophy*. Vol. 7, 2019.

45 *Ibid.*, 191.

consideradas formas de tortura, y un caso en la comunidad *wichi* de Argentina en el cual el imputado, acusado de violar a su hijastra, sostuvo que ello era una práctica tradicional dentro de su cultura.

Según su visión, el hecho del desacuerdo presenta un problema para la forma en que Duff define las “ofensas públicas”. En la definición más fuerte que brinda Duff, las ofensas públicas son aquellas que resultan “claramente inconsistentes con cualquier concepción remotamente plausible del orden cívico (*civil order*), es decir, con cualquier concepción de cómo los miembros de una sociedad pueden vivir conjuntamente como ciudadanos”⁴⁶. De manera similar, Duff define a los delitos *mala in se* como “crímenes que consisten en conductas que son (incontrovertidamente) incorrectas, independientemente de su criminalización”⁴⁷. Para Gargarella, esta forma de conceptualizar las ofensas públicas resulta problemática desde la perspectiva de una sociedad plural, pues no deja lugar para el “pluralismo radical”, demostrando poco respeto frente a culturas alternativas⁴⁸.

No obstante –advierte–, reconocer que otras culturas puedan tener un sistema de valores distinto al nuestro no implica caer en el relativismo cultural. En este sentido, lo que pretende resaltar es que deberíamos tener una postura más abierta y respetuosa frente a quienes no comparten nuestros valores –deberíamos *aprender a vivir con el hecho del desacuerdo*– sin que ello implique renunciar a una mirada crítica. La aceptabilidad o no –desde una perspectiva crítica– de los valores y las costumbres que nos son extraños es una cuestión que se ha de analizar aparte; el punto relevante aquí es que debemos reconocer que otras culturas pueden “resistir, repudiar o rechazar, en lugar de defender o compartir, aquellos valores que consideramos nuestros ‘valores compartidos’”⁴⁹.

La postura de Gargarella en este aspecto guarda semejanza con la adoptada por Rawls a raíz de las críticas que le fueran formuladas a su teoría desde el comunitarismo. En otro libro, Gargarella ilustra tal posición de la siguiente manera:

...las críticas del comunitarismo forzaron a muchos liberales a adoptar una postura de mayor “modestia” (“abstinencia”) epistémica [...] [E]n Rawls, dicha toma de posición implicó la retraducción de su teoría como una teoría política y no metafísica, orientada a reflexionar sobre la particular sociedad norteamericana, y no a formular juicios de valor universales –válidos en todo tiempo y lugar–. De acuerdo con la opinión del mismo Rawls, dicho cambio de postura no implica la adopción de una visión escéptica en materia de valores. La discusión sobre el

46 *Ibid.*, 193.

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*, 194.

carácter objetivo o relativo de tales valores, simplemente, se ponía entre paréntesis: no era necesario ir más allá, en el tema, a los fines del desarrollo de nuevo “liberalismo político”⁵⁰.

Pues bien, al igual que Rawls, Gargarella no se detiene en difíciles cuestiones de meta-ética, sino que se limita a señalar el hecho innegable de que distintas culturas tienen distintos valores, lo cual debiera inspirar una actitud de mayor modestia epistémica –actitud que, según parece sugerir, no está presente en las afirmaciones categóricas de Duff en relación con la existencia de conductas que son incontrovertidamente erróneas, o inconsistentes con cualquier concepción plausible de orden cívico–.

Prosiguiendo con el análisis del profesor argentino, este señala que, en otras ocasiones, Duff se refiere a las “ofensas públicas” como aquellas conductas que son *intrínsecamente* inconsistentes con el orden cívico, pues están en contradicción con los términos básicos en que los ciudadanos podrían vivir en comunidad. Para Gargarella, el problema de esta definición surge cuando intentamos hacerla compatible con las inclinaciones comunitaristas que también están presentes en la obra de Duff. Dadas estas inclinaciones, no parece posible sostener que haya conductas que sean *intrínsecamente* inconsistentes con la vida en común de los ciudadanos. Al fin y al cabo, desde una perspectiva comunitarista, los conceptos de “adecuado”, “aberrante”, “inmoral”, etc. se *construyen* socialmente, de manera dialógica. En relación con los valores compartidos de una comunidad, no hay nada que pueda ser *descubierto* o *declarado* como una ofensa pública con independencia de tal proceso de construcción colectiva. No existe un punto panorámico por fuera de la cultura desde el cual determinar qué criterio debería regir para seleccionar las conductas que son incorrectas y que deberían criminalizarse.

Seguidamente, Gargarella analiza una formulación alternativa –más moderada– que brinda Duff sobre la idea de “ofensas públicas”. Según esta formulación, las ofensas públicas son aquellas que atentan contra los valores que estructuran la vida en comunidad de un cierto grupo. En otras palabras, son aquellas acciones que niegan las condiciones básicas bajo las cuales los ciudadanos comparten una vida en común. La diferencia entre esta definición y la definición más fuerte es que, mientras que aquella identifica a las ofensas públicas con las conductas que resultan inconsistentes con *cualquier* concepción plausible de orden cívico, esta lo hace con las conductas que resultan inconsistentes con los acuerdos básicos concretos de una sociedad determinada. Lo que cuenta como materia de interés para la comunidad bajo esta concepción depende de la manera en que la comunidad relevante defina sus propios valores y objetivos, los cuales pueden variar a lo largo

50 GARGARELLA, R. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Buenos Aires: Paidós, 1999, 139.

del tiempo. Esta definición es, por tanto, más sensible a factores contextuales. Sin embargo, se pregunta Gargarella, ¿por qué deberíamos considerar “ofensas públicas” a las conductas que afecten aspectos significativos de la vida colectiva de una comunidad en particular?

Para ilustrar los problemas de esta concepción alternativa de las ofensas públicas, Gargarella menciona el siguiente ejemplo. Pensemos en las tradiciones, los valores compartidos y los rasgos que constituyen la identidad de la comunidad catalana. Supongamos que alguien se burla de esas tradiciones e insulta a los catalanes, llamándoles despectivamente un grupo de nacionalistas. Tales expresiones podrían ser plausiblemente entendidas como una conducta que atenta contra los valores compartidos de la comunidad catalana. Ahora bien, ¿deberíamos aceptar entonces que esos insultos y burlas constituyen ofensas públicas relevantes para el derecho penal?

Gargarella entiende que, seguramente, la respuesta de Duff ante tal pregunta sería negativa. Pero el problema de dicha respuesta sería que estaría anclada ya no en valores comunales, sino en valores universales (*i.e.*, que las expresiones y burlas contra determinadas culturas están amparadas por la libertad de expresión y por ende no constituyen conductas criminalizables *a pesar de lo que opine la comunidad ofendida*; que tales insultos no constituyen un *daño* en el sentido relevante y por ende no deberían ser criminalizadas de acuerdo con el principio de daño, etc.). Es precisamente esa permanente oscilación de Duff entre una concepción comunitarista y otra liberal, entre “lo universal y lo comunal, lo general y lo particular”⁵¹, lo que Gargarella encuentra problemático.

En este sentido, señala que Duff defiende una filosofía política que pretende ser republicana, liberal y comunitarista a la vez, lo que genera a fin de cuentas una teoría internamente inconsistente. Ante la presencia de preguntas difíciles –¿debemos castigar a quien atenta contra los valores de la comunidad para proteger los vínculos que nos mantienen unidos, o debemos proteger los derechos individuales del disidente sin importar cuál sea la amenaza a la comunidad?–, debemos optar entre ser comunitaristas o liberales: no se puede ser las dos cosas a la misma vez⁵².

51 GARGARELLA. *Democratic Dialogue, Multiculturalism and “Public Wrongs”*, cit., 197.

52 La tensión entre el liberalismo y el comunitarismo que, según Gargarella, está presente en la obra de Duff resulta problemática en virtud de tratarse de dos escuelas de filosofía política fundamentalmente opuestas. En efecto, el comunitarismo puede ser entendido como una corriente filosófica que impugna ciertos presupuestos del liberalismo, en un intercambio que se remonta hasta Kant y Hegel. En este sentido, Gargarella ha señalado que, “en buena medida, el comunitarismo retoma las críticas que hacía Hegel a Kant: mientras Kant aludía a la existencia de ciertas obligaciones universales que debían prevalecer sobre aquellas más contingentes derivadas de nuestra pertenencia a una comunidad particular, Hegel invertía aquella formulación para otorgar prioridad a nuestros lazos comunitarios. Así, en lugar de valorar –junto a Kant– el ideal de un sujeto ‘autónomo’, Hegel sostenía que la plena realización del ser humano derivaba de la más completa integración de los individuos en su comunidad” (GARGARELLA. *Las teorías de la justicia*

Establecido este punto –nuevamente, la contradicción entre las dos “almas”–, Gargarella retoma la idea de Duff según la cual el derecho penal cumple la función de “declarar” determinadas conductas como ofensas públicas. Bajo esta concepción, la función del derecho penal es meramente declarativa, no constitutiva. Es decir, la propiedad que hace que determinadas conductas sean ofensas públicas es preexistente a la declaración: el acto declarativo simplemente *reconoce* a determinadas conductas como ofensas públicas. Al igual que ocurre con la afirmación de que existen conductas *intrínsecamente* incorrectas, la idea de que el derecho penal *declara* ciertas conductas como ofensas públicas está en tensión con la concepción comunitarista según la cual no hay males pre-existentes a los que pueda establecer una comunidad determinada mediante un proceso de discusión colectiva. Además, Gargarella señala un problema adicional, relacionado con las “mediaciones institucionales” que tal proceso de declaración de ofensas públicas requiere.

Sobre este aspecto, afirma que la intervención de diversos actores institucionales en el proceso declarativo de las ofensas públicas conlleva el riesgo de distorsionar severamente la voluntad de la comunidad. Ello es así toda vez que dicho proceso requiere la implementación de un complejo sistema institucional, que no siempre refleja la posición genuina de los miembros de la comunidad. En el marco de un sistema tal, la influencia de grupos de poder con intereses propios resulta determinante a la hora de tomar decisiones fundamentales en nombre de, y dirigidas a, la comunidad, pero que en último

después de Rawls, cit., 125). La discusión contemporánea entre liberalismo y comunitarismo es más refinada y compleja, en parte debido a que no existen definiciones precisas ni formulaciones definitivas acerca de qué es el liberalismo ni acerca de qué es el comunitarismo. Antes bien, estos términos son utilizados como “paraguas” para designar una familia de estudios que comparten ciertos rasgos (*ibid.*). Un análisis pormenorizado de las críticas que realiza el comunitarismo al liberalismo, así como de las posibles respuestas o concesiones del liberalismo frente al embate comunitarista, excede ampliamente el objeto de este trabajo (véase *ibid.*; NINO, C. *Liberalismo “versus” comunitarismo*. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N.º 1, 1988). Para nuestros fines, no obstante, es suficiente tener en cuenta que el liberalismo suele privilegiar valores tales como la autonomía personal, la inviolabilidad de la persona humana y la neutralidad estatal con relación a los ideales de excelencia humana. Asimismo, el liberalismo concibe a los derechos individuales como “cartas de triunfo” que se imponen frente a los intereses colectivos (véase DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977). El comunitarismo, por su parte, objeta el carácter excesivamente individual y universal del liberalismo, poniendo el énfasis en la noción de comunidad, y rechaza la neutralidad acerca de lo bueno. En la formulación de Nino, el comunitarismo se caracteriza por los siguientes aspectos: “En primer lugar, la derivación de los principios de justicia y corrección moral de una cierta concepción de lo bueno. En segundo término, una concepción de lo bueno en que el elemento social es central e incluso prevalente. En tercer término, una relativización de los derechos y obligaciones de los individuos a las particularidades de sus relaciones con otros individuos, a su posición en la sociedad y a las peculiaridades de ésta. Finalmente, una dependencia de la *crítica* moral respecto de la *práctica* moral de cada sociedad, tal como aquélla se manifiesta en las tradiciones, convenciones e instituciones sociales” (NINO. *Liberalismo “versus” comunitarismo*, cit., 366, 367).

término quedan en manos de unos pocos. Teniendo en cuenta los sistemas institucionales que caracterizan a las sociedades modernas, Gargarella niega que sea posible afirmar que la voz de la ley exprese la voz de la comunidad.

El último tramo del trabajo del profesor argentino se centra en abordar la noción de que la ley debería reflejar la voz de la comunidad desde la perspectiva de la democracia deliberativa. Para Duff, el derecho penal debe *aspirar* a hablar en nombre de la comunidad. Pero, para que ello en verdad suceda —es decir, para que tal aspiración se convierta en una realidad—, Gargarella sostiene que solamente la misma comunidad es quien debe expresar su punto de vista y sus intereses. A su vez, para determinar cuáles son los intereses de la comunidad —qué es lo que la comunidad considera bueno o malo, justo o injusto—, la única opción razonable es entablar una conversación colectiva y pública, donde cada persona participe en pie de igualdad con sus pares. Para que la voz de la ley exprese la voz de la comunidad, “cada voz debe ser oída, cada punto de vista debe ser considerado, todos los intereses deben ser tenidos en cuenta”⁵³. Las raíces de esta posición se encuentran en la concepción de la democracia deliberativa que defiende Gargarella, y cita en apoyo de su postura a John Stuart Mill. En este sentido, señala que Mill, al fundamentar su famoso principio de daño⁵⁴—de acuerdo con el cual la única razón legítima para justificar el uso de la coerción estatal contra los ciudadanos es la prevención del daño a terceros—, elabora dos argumentos: uno motivacional y otro epistémico. El argumento motivacional se basa en que nadie está más interesado en su propio bienestar que uno mismo; el argumento epistémico sostiene que nadie puede conocer qué es lo mejor para uno que uno mismo. Como corolario de esto, cada persona tiene la última palabra acerca de cuáles son sus intereses.

De acuerdo con esta mirada, no es posible pretender que la sociedad, ni la ley, hablen en nombre de los ciudadanos si estos no tuvieron la oportunidad de expresarse, sobre todo teniendo en cuenta las “distorsiones” propias de los arreglos institucionales que caracterizan a los sistemas de gobierno modernos.

Cuando analizamos la teoría de Duff bajo esta óptica, la objeción que surge naturalmente es que, si Duff realmente pretende darle a la comunidad el rol protagónico en la creación del derecho penal que algunos de sus pasajes sugieren, no puede también afirmar que existan conductas intrínsecamente erróneas o inconsistentes con cualquier concepción plausible de la vida en comunidad que deban ser declaradas como “ofensas públicas” por el derecho penal. La comunidad misma es la que, mediando un proceso de discusión colectiva, debe determinar qué tipo de conductas han de ser consideradas ofensas públicas.

53 GARGARELLA. *Democratic Dialogue, Multiculturalism and “Public Wrongs”*, cit., 204.

54 MILL. *On Liberty*. 1859. London: Dover Publications, 2003.

A continuación examinaré críticamente algunos de los postulados sobre los que se apoya la crítica de Gargarella. No intentaré defender la posición de Duff frente a tales objeciones⁵⁵, sino cuestionar algunas asunciones presentes en la posición de Gargarella que encuentro problemáticas.

3. ¿PROBLEMAS COMUNES?

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, es posible afirmar que el núcleo central de la crítica de Gargarella consiste en señalar la inconsistencia interna que padece la teoría de Duff, al estar apoyada en algunas consideraciones de índole comunitarista y otras de índole liberal. En el plano de la pregunta acerca de la criminalización (es decir, la pregunta acerca de qué conductas deberían, o pueden legítimamente, ser criminalizadas) esta tensión se manifiesta con especial claridad: Duff parece otorgarle un rol preponderante a la comunidad a la hora de definir qué conductas deben ser consideradas delitos, pero al mismo tiempo define a las ofensas públicas como conductas que son intrínsecamente incorrectas o inconsistentes con cualquier concepción plausible de orden cívico.

Teniendo en cuenta los contornos difusos de los conceptos de liberalismo y comunitarismo⁵⁶, en lo que resta del trabajo reconstruiré la objeción de Gargarella a Duff en un lenguaje alternativo. Según entiendo, el problema que identifica el profesor argentino en la teoría de Duff está relacionado con el rol de la comunidad en la confección del derecho penal. En particular, este problema se manifiesta a la hora de resolver importantes preguntas –*v.gr.*, ¿qué tipo de conductas deben ser criminalizadas?–, cuyas respuestas pueden variar significativamente dependiendo de si se apela a estándares comunales o a estándares universales (por ello Gargarella menciona las oscilaciones de Duff entre “lo universal y lo comunal, lo general y lo particular”). Dado que mi argumento no depende de, ni se apoya en, distinciones sutiles dentro del campo de la filosofía política, reemplazaré de aquí en adelante el lenguaje de *liberalismo* y *comunitarismo* por el de *universal* y *comunal*. Utilizando esta terminología, podríamos decir que lo que Gargarella critica a Duff es la manera inconsistente en la que este mezcla un punto de vista universal y un punto de vista comunal.

El eje de mi desacuerdo con Gargarella tiene una estructura similar. En efecto, creo que Gargarella asume –subrepticamente– ciertos valores universales que resultan inconsistentes con algunas afirmaciones de índole comunal que realiza. Por lo tanto, algunas de las tensiones que él identifica

55 Véase la respuesta de DUFF, en DUFF. *Criminal Law, Civil Order and Public Wrongs*. En *Law, Ethics and Philosophy*. Vol. 7, 2019.

56 Véase GARGARELLA. *Democratic Dialogue, Multiculturalism and “Public Wrongs”*, cit.

correctamente en la obra de Duff también se encuentran presentes en su propia concepción del derecho penal.

Veamos esto con mayor detalle.

En primer lugar, no queda claro en qué consiste la posición de Gargarella al sostener que deberíamos adoptar una actitud de respeto frente a las culturas que no comparten nuestros valores, o que tienen valores radicalmente distintos a los nuestros, sin que ello implique caer en el relativismo cultural.

Si el punto es que deberíamos tan solo *reconocer* que existen otras culturas que no comparten nuestros valores –y que incluso los rechazan y defienden otros valores opuestos a los nuestros–, se trataría de una afirmación trivial. Es un hecho irrefutable que en el mundo existen diversas culturas que tienen cosmovisiones incompatibles: cualquier observador neutral podría dar cuenta de ello y ninguna persona racional podría negarlo. Tal observación pertenece al plano de la *sociología ética*. Según señala Nino, “[e]n el plano de la sociología ética, la posición relativista sostiene que sociedades diferentes, grupos sociales distintos o diferentes personas suscriben, como cuestión de hecho, principios valorativos antagónicos o adoptan creencias éticas divergentes. Esta posición es aparentemente correcta”⁵⁷. Sin embargo, agrega, “el relativismo sociológico no permite inferir que posiciones morales contrapuestas, sostenidas por distintos grupos sociales o personas, sean todas ellas válidas o que la invalidez de algunas de ellas no pueda ser racionalmente demostrada”⁵⁸. Es decir, del “hecho del desacuerdo” no podemos derivar conclusiones normativas. Si lo hiciéramos, estaríamos incurriendo en la falacia naturalista advertida por Hume, al pretender derivar un *deber ser* (*ought*) de un *ser* (*is*). En sentido similar, Michael Moore señala que “lo que la sociedad cree que es incorrecto es una cosa, pero lo que *es* incorrecto es otra cosa. Cualquier teoría meta-ética que niegue esta distinción básica [...] entre moral convencional y moral crítica, es irremediablemente relativista y debe ser descartada”⁵⁹ (Moore luego aclara que para sostener esa distinción no es necesario ser un realista moral como él).

El mero reconocimiento del “hecho del desacuerdo” no pareciera entonces resultar demasiado relevante para el argumento de Gargarella, dado que se trata de un hecho incontrovertido que a nadie se le ocurriría disputar, y del cual no se derivan, *ipso facto*, consecuencias normativas relevantes.

Ahora bien, otra posible interpretación de la afirmación de Gargarella es que, dado que existen culturas con valores distintos e incluso opuestos a los nuestros, deberíamos aceptar que no estamos en condiciones de evaluar críticamente la posición de quienes no comparten nuestros valores. Bajo

57 NINO, C. S. *Los límites de la responsabilidad penal*. 1.^a reimp. Buenos Aires: Astrea, 2006, 15.

58 *Ibid.*

59 MOORE, M. *Placing Blame*. Oxford: OUP, 1997, 761; cursiva fuera del texto.

esta interpretación, la afirmación de Gargarella entraría en el terreno de la *ética normativa*. Según Nino, la posición relativista en el plano de la ética normativa “tiene ineludiblemente connotaciones paradójicas”⁶⁰, dado que “si uno afirma cierta proposición moral, implica con ello que la proposición moral opuesta es errónea y que cualquiera que la sostuviera estaría equivocado; parece extraña esta asunción simultánea del papel de agente moral que formula juicios éticos y el del observador externo que se mantiene imparcial respecto de los juicios que uno mismo formula y de los juicios contrapuestos que otros enuncian”⁶¹.

Tal como señala Nino, la formulación de un juicio normativo implica necesariamente el rechazo de los juicios que resultan inconsistentes con el que uno ha realizado. Por lo tanto, incurriríamos en una auto-contradicción si sostuviéramos que nuestra posición es correcta pero que otra posición opuesta a la nuestra puede también ser correcta.

Pensemos, por ejemplo, en la pregunta acerca de la criminalización: ¿qué conductas pueden ser legítimamente criminalizadas? Dado el carácter normativo de la pregunta, contestarla requiere necesariamente adoptar una toma de posición moral. Es decir, cualquiera sea la respuesta que demos, ella esbozará un criterio de acuerdo al cual existen ciertas conductas que pueden ser legítimamente criminalizadas, y otras que no (conductas cuya criminalización sería impermissible o ilegítima). A la luz del criterio que brindemos, algunas prácticas concretas resultarán aceptables y otras inaceptables. Supongamos que creemos en algo similar al principio de daño, el cual establece que solo las conductas que generen algún tipo de daño a terceros pueden ser criminalizadas. Si adoptamos tal estándar normativo, deberemos necesariamente juzgar como inadecuadas o inaceptables las prácticas que criminalizan conductas que no producen un daño en el sentido relevante, y este juicio moral no se verá afectado por el hecho de que las prácticas objetables provengan de *otra* cultura, con otros valores.

Además, desde el momento en que realizamos un juicio ético, la estructura misma del razonamiento moral exige la universalización de ese juicio, asumiendo que no haya una variación de los factores moralmente relevantes. Esto es, si creemos que la acción de consumir ciertas sustancias es moralmente inocua, este juicio resulta de aplicación tanto si el consumo fuera practicado en Argentina, en Rusia o en Tailandia, independientemente de lo que prescriba la moral convencional de cada país y de cada cultura. En este punto, sigo nuevamente a Nino: “por otro lado, la universalización inherente a todo juicio ético excluye la posibilidad de que las conclusiones morales acerca de la corrección de cierta acción puedan variar de acuerdo con la persona que la

60 NINO. *Los límites de la responsabilidad penal*, cit., 16.

61 *Ibid.*

ejecuta, salvo que la alteración de los agentes implique diferencias en cuanto a circunstancias moralmente relevantes”⁶².

De modo que la segunda posible interpretación de la afirmación de Gargarella de que deberíamos aprender a vivir con el hecho del desacuerdo –según la cual deberíamos adoptar una actitud de *deferencia* frente a las culturas que no comparten nuestros valores– resulta insostenible, dado que supone la adopción de una posición relativista en materia de ética normativa. No podemos pensar que la violación es una conducta incorrecta y a la vez pensar que las sociedades que consideran que la violación no es una conducta incorrecta pueden estar en lo correcto.

Creo que las consideraciones anteriores debilitan significativamente la crítica que Gargarella realiza a Duff. Para ver esto con mayor claridad, regresemos al concepto de ofensas públicas. Según la definición “fuerte” que brinda Duff, las ofensas públicas son conductas inconsistentes con cualquier concepción plausible de orden cívico, y el rol del derecho penal es *declararlas* como tales. Asimismo, para este autor, los delitos *mala in se* son aquellas conductas que son incontrovertidamente incorrectas con independencia de que hayan sido criminalizadas. Gargarella encuentra esta concepción problemática desde la perspectiva comunitarista: si los valores compartidos de una sociedad se *construyen* dialógicamente, tiene poco sentido afirmar que existan conductas que sean *a priori* inconsistentes con cualquier concepción de orden cívico, incontrovertidamente inmorales o que deban ser meramente *declaradas* como ofensas públicas.

Sin embargo, cuando consideramos el tipo de conductas que Duff tiene en mente al referirse a los delitos *mala in se* (violación, asesinato, etc.), no parece demasiado controversial afirmar que tales conductas son universalmente incorrectas o inconsistentes con cualquier concepción plausible del orden cívico. Por supuesto, es posible imaginar comunidades cuyos acuerdos básicos o valores compartidos no resulten lesionados por tales acciones. Este sería el caso, por ejemplo, en una sociedad que admite las violaciones intra-familiares o el sacrificio de personas con discapacidades por razones religiosas. Si adoptáramos una posición relativista en materia ética, deberíamos aceptar que no podemos juzgar críticamente el sistema de valores de esa sociedad. Sin embargo, esta no pareciera ser la postura de Gargarella, quien afirma explícitamente que no pretende asumir una posición relativista en materia moral ni renunciar a una mirada crítica sobre las prácticas morales. Pero si Gargarella no está dispuesto a aceptar el relativismo moral, ¿cómo podría entonces negar que conductas como el homicidio son *intrínsecamente* incorrectas y resultan inconsistentes con cualquier concepción plausible del orden cívico? Como he señalado, un rasgo inherente a todo juicio ético es

62 *Ibid.*

su universalización y el rechazo a los juicios contrapuestos. Si el homicidio es una conducta incorrecta, no puede ser una conducta correcta en algunos lugares. Desde ya que existe la posibilidad de que, en los hechos, en algunos lugares o en algunas culturas el homicidio no sea visto como una conducta incorrecta. Pero tales culturas, al menos desde la perspectiva de alguien que cree que el homicidio es una conducta incorrecta, simplemente están equivocadas. Sostener lo contrario –que las culturas que no ven al homicidio como una acción incorrecta pueden estar en lo correcto– implica sucumbir al relativismo moral.

El problema que Gargarella atribuye a Duff (la tensión entre su alma liberal y su alma comunitarista, entre lo universal y lo particular) se encuentra entonces presente en su propia postura. Gargarella critica a Duff por no ser lo suficientemente comunitarista a la hora de definir las ofensas públicas: según entiende, la manera en que Duff define a las ofensas públicas (“conductas inconsistentes con cualquier concepción plausible del orden cívico”) muestra poco respeto a las culturas divergentes. Pero Gargarella debe definir a las ofensas públicas de un modo similar si pretende, tal como él mismo admite, evitar caer en el relativismo moral y mantener una mirada crítica sobre las prácticas culturales. Ello es así dado que no podemos pensar que los valores correctos son simplemente aquellos que una determinada comunidad considera como tales, y a la vez pensar que hay determinados valores cuya corrección es independiente de lo que la comunidad relevante crea.

Esta tensión se manifiesta con claridad cuando analizamos el compromiso con algunos derechos básicos que Gargarella parece esbozar en su propia visión del derecho penal. Recordemos que el profesor argentino se apoya en J. S. Mill para fundamentar su visión de que la comunidad es quien debe tener la última palabra acerca de cuáles son sus intereses y sus valores más preciados. Según Mill, cada persona “tiene algo personal e intransferible para decir acerca de cómo el mundo exterior afecta sus intereses”⁶³, por lo cual cada individuo es el último juez en lo concerniente a sus propios intereses. Mill, como hemos visto, utiliza estos argumentos para defender el principio de daño. Lo que me interesa analizar aquí es cómo Gargarella podría defender al mismo tiempo el principio de daño y la idea de que la comunidad siempre debe tener la última palabra en relación a cómo administrar sus asuntos públicos, dado que sería perfectamente posible que la comunidad decida no regirse por el principio de daño (p. ej., si decidiera criminalizar todas las conductas consideradas inmorales, causen un daño o no)⁶⁴.

En una breve nota al pie, Gargarella sostiene que esta cuestión no resulta problemática, y brinda dos respuestas para demostrar la compatibilidad del

63 GARGARELLA. *Democratic Dialogue, Multiculturalism and “Public Wrongs”*, cit., 203.

64 Este punto fue advertido por uno de los referis anónimos que leyó el artículo de Gargarella. Véase *ibid.*, nota 18.

principio de daño con sus compromisos comunitaristas⁶⁵. La primera es que, bajo su mirada, el principio de daño está íntimamente relacionado con el principio de igual dignidad de todos los seres humanos (“*principle of equal moral dignity*”), el cual constituye el presupuesto fundamental de la democracia deliberativa: en una sociedad donde no se respetara este principio, no podría existir ninguna forma de democracia. La segunda es que, de acuerdo con una lectura jeffersoniana, las sociedades que tienen posibilidades amplias y justas de deliberar acerca de su futuro no tienden a autodestruirse⁶⁶.

Creo que ambas respuestas son insatisfactorias. Comenzaré con la segunda, pues es la que resulta menos relevante para la objeción que pretendo formular. Si bien es posible que el peso del argumento basado en la lectura jeffersoniana de la democracia dependa de datos empíricos que no estoy en condiciones de analizar, en última instancia la relación entre el principio de daño y la democracia es contingente. En este sentido, es perfectamente posible pensar en sociedades democráticas que no respeten el principio de daño. Tal sería el caso de una sociedad estructurada bajo mecanismos de decisión ampliamente democráticos en cuyo marco se decidiera adoptar un criterio de criminalización inconsistente con las exigencias el principio de daño (p. ej., un criterio de criminalización basado en la prohibición de todas las conductas que atenten contra la moral del pueblo).

Volviendo a la primera respuesta, Gargarella entiende que el principio de daño no se ve amenazado por una mayor participación democrática debido a que dicho principio puede ser entendido como una derivación del principio de igual dignidad de todos los seres humanos. Bajo esta lectura, el principio de daño estaría *implícito* en cualquier noción aceptable de democracia, dado que la democracia requiere que todos los individuos puedan participar en las decisiones públicas en un pie de igualdad. El problema de esta respuesta es que es evasiva: la tensión señalada no es entre el principio de daño y una mayor participación democrática, sino entre el principio de daño y la idea de que la comunidad debe tener la última palabra a la hora de resolver sus asuntos públicos (¡incluyendo, dentro del rótulo “comunidad”, a las comunidades no democráticas!). Si la tensión se plantea de esta forma, la misma pareciera indisoluble dado que la justificación del principio de daño como derivación del principio de igual dignidad de todos los seres humanos resultaría inoperante o irrelevante en las comunidades que rechazan la participación democrática igualitaria y adoptan otros sistemas de decisión (supongamos,

65 Cabe destacar que, al contestar este punto, Gargarella señala que no puede explayarse con mayor profundidad ya que el mismo no resulta central para el objeto de su artículo. Por ende, la respuesta que brinda es meramente tentativa y no debería tomarse como su última palabra al respecto. No obstante, proseguiré con el análisis de dicha respuesta a los fines de destacar algunas cuestiones que considero problemáticas. Quizás ello contribuya a que en un futuro Gargarella desarrolle este punto con mayor amplitud.

66 GARGARELLA. *Democratic Dialogue, Multiculturalism and “Public Wrongs”*, cit., nota 18.

un sistema basado en el contenido de las Santas Escrituras en el cual las mujeres no tienen voz).

Como corolario de lo expuesto, podemos concluir que Gargarella no está en mejores condiciones que Duff a la hora de resolver las tensiones que existen entre una concepción del derecho penal anclada en ciertos valores morales sustantivos (sean éstos valores liberales o valores democráticos) y la idea de que las comunidades deberían tener la última palabra con respecto a los asuntos que son de su interés. Las dificultades que enfrenta Duff al intentar compatibilizar la idea de que existen conductas intrínsecamente erróneas (o inconsistentes con cualquier concepción plausible de orden cívico) con una perspectiva comunitarista son análogas a las que enfrenta Gargarella al intentar compatibilizar el principio de daño (o el principio de igual dignidad de las personas) con las demandas del comunitarismo.

CONCLUSIONES

Para finalizar, me interesa proponer una forma alternativa de abordar el problema de la legitimidad del derecho penal ante el “hecho del desacuerdo”. Creo que Gargarella está en lo cierto al señalar que existe un importante déficit de legitimidad cuando un sujeto es llamado a responder por haber infringido una ley en cuya formación no participó, que no tuvo en cuenta sus intereses y que utiliza un lenguaje que él no puede entender.

Las preocupaciones democráticas de Gargarella están especialmente justificadas en el marco de sociedades desiguales, excluyentes y multiculturales. ¿Puede una sociedad castigar legítimamente a quien ha sistemáticamente excluido y cuyos derechos ha vulnerado? ¿Puede una comunidad imponer coercitivamente sus valores a un extraño que no forma parte de la misma y que no comparte dichos valores? Creo que la respuesta a ambas preguntas debe ser negativa.

Pareciera entonces que tenemos dos fuertes intuiciones aparentemente irreconciliables. Por un lado, cuando pensamos acerca del contenido de un derecho penal legítimo, debemos necesariamente adoptar una posición moral según la cual algunos ordenamientos penales resultarán ilegítimos. Por otro lado, si el derecho penal no refleja los valores concretos de la comunidad, no puede ser un derecho penal legítimo. ¿Cómo hacer, entonces, para otorgar a la comunidad el rol central que debe tener en la creación del derecho penal sin caer en el relativismo moral a la hora de analizar cómo debería ser un derecho penal legítimo?

Queremos mantener la posibilidad de ser críticos frente a ordenamientos penales que consideramos inadmisibles; por ejemplo, ordenamientos jurídicos que castigan la homosexualidad. El relativismo cultural no es entonces una opción. Pero, a la vez, también queremos poder dar cuenta del carácter

relacional del castigo (por qué yo debo responder ante *mi* comunidad, y no ante una comunidad a la cual no pertenezco y cuyos valores no comparto).

Creo que es posible encontrar un punto de equilibrio entre estas dos convicciones si distinguimos entre distintas preguntas que deberían ser contestadas de manera satisfactoria para poder justificar la imposición del castigo.

En este sentido, podemos distinguir tres preguntas: la pregunta sobre la justificación del castigo (¿cuáles son las razones que el Estado puede brindar para castigar a un individuo de manera moralmente admisible?); la pregunta acerca de la criminalización (¿qué conductas pueden ser legítimamente criminalizadas?), y la pregunta que indaga respecto del *standing* para juzgar (¿quién puede castigar a quién?).

Por supuesto, las respuestas que brindemos a las distintas preguntas deberán ser consistentes si pretendemos brindar una teoría integral del derecho penal⁶⁷. Pero al distinguir entre distintos niveles de legitimación que la práctica del castigo debería satisfacer, lograremos adecuar nuestra teoría a diversas intuiciones que, aunque aparentemente incompatibles, resultan consistentes una vez que realizamos tal distinción.

Sin perjuicio de que desarrollar con profundidad este punto requeriría de otro trabajo, creo que una respuesta posible para reconciliar de manera coherente las intuiciones antes mencionadas podría ser la siguiente. Independientemente de cómo contestemos las preguntas acerca de la justificación del castigo y de la criminalización legítima —es decir, aun si consideramos que solo pueden ser legítimamente criminalizadas ciertas acciones que son moralmente incorrectas de acuerdo con un estándar moral objetivo, o aquellas conductas que causan un daño a terceros, etc.—, podríamos defender la idea de que un individuo solo puede ser responsabilizado penalmente por la comunidad de la cual forma parte.

Dicha respuesta nos permitiría permanecer críticos frente a las comunidades que criminalizan conductas que no deberían ser criminalizadas, sin renunciar a la idea de que, para que la imposición de un castigo sea legítima, el ofensor debe poder identificarse con el derecho por cuya violación es llamado a responder.

REFERENCIAS

BEADE, G. *Who Can Blame Whom? Moral Standing To Blame and Punish Deprived Citizens*. En *Criminal Law and Philosophy*. Vol. 13, n.º 2, 2019.

BERMAN, M. *The Justification of Punishment*. En MARMOR, A. *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012.

67 Tal como lo proponen Braithwaite y Pettit. Véase BRAITHWAITE y PETTIT. *No sólo su merecido*, cit.

- BOONIN, D. *The Problem of Punishment*. Cambridge: CUP, 2008.
- BRAITHWAITE, J. y PETTIT, P. *No sólo su merecido: por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.
- DOLINKO, D. *Punishment*. En DOLINKO, D. y DEIGH, J. (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*. Oxford: OUP, 2011.
- DUFF, A. *Punishment, Communication and Community*. Oxford: OUP, 2001.
- DUFF, A. *Responsibility, Restoration, and Retribution*. En TONRY, M. (ed.), *Retributivism Has a Past. Has it a Future?* Oxford: OUP, 2011.
- DUFF, A. *Sobre el castigo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2015.
- DUFF, A. *The Realm of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- DUFF, A. *Criminal Law, Civil Order and Public Wrongs*. En *Law, Ethics and Philosophy*. Vol. 7, 2019.
- DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.
- GARGARELLA, R. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Buenos Aires, Paidós, 1999.
- GARGARELLA, R. *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2008.
- GARGARELLA, R. *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.
- GARGARELLA, R. *Democratic Dialogue, Multiculturalism and "Public Wrongs"*. En *Law, Ethics and Philosophy*. Vol. 7, 2019.
- HART, H. L. A. *Punishment and Responsibility*. 2.^a ed. Oxford: OUP, 2008.
- MILL, J. S. *On Liberty*. 1859. London, Dover Publications, 2003.
- MOORE, M. *Placing Blame*. Oxford: OUP, 1997.
- MURPHY, J. *Marxism and Retribution*. En TONRY, M. (ed.), *Why Punish? How Much?* Oxford: OUP, 2011.
- NINO, C. S. *Los límites de la responsabilidad penal*, 1.^a reimp. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- NINO, C. S. *Liberalismo "versus" comunitarismo*. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N.º 1, 1988.