

## CAPÍTULO 8

# HACIA UNA JUSTIFICACIÓN REPUBLICANA DE LA DISTRIBUCIÓN DEL CASTIGO: REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA PENAL DE C. S. NINO

Romina A. Frontalini Rekers<sup>1</sup>

### Introducción

Aunque la obra de Carlos Nino es caracterizada principalmente por sus aportes a la teoría constitucional y a la teoría de la democracia, sus contribuciones a la filosofía penal no pasan inadvertidas. De esto dan cuenta varios trabajos de su autoría sobre responsabilidad penal, sobre legítima defensa (Nino, 1982), sobre la dogmática penal (Nino, 1974), entre otros.

En su tesis doctoral, supervisada por J. M. Finnis y A. M. Honoré, Nino propone las bases para un enfoque alternativo tanto a la teoría del delito continental europea, la que identifica como un enfoque conceptual, como al enfoque intuicionista presente en la teoría de la responsabilidad penal en el derecho inglés (Nino, 1980b). Las bases de la teoría propuesta por Nino se apoyan en el valor de la autonomía y están constituidas por su teoría consensual del castigo y la defensa del principio de enantioledad como condición de la responsabilidad penal.

La intención de promover en nuestro país el debate teórico en el área penal lo llevó a sostener un debate con Eugenio Raúl Zaffaroni que se desarrolló en la revista *No hay derecho* entre 1991 y 1993 (Nino, 1991c, 1992c, 1993d). El debate giró en torno a *En busca de las penas perdidas* (Zaffaroni, 2009), trabajo en el que Zaffaroni defiende su realismo jurídico-penal marginal. En este

<sup>1</sup>Conicet-UNC

debate Nino se ocupó de defender la necesidad de revisión de los presupuestos teóricos del pensamiento crítico sobre los sistemas penales. Además, argumentó a favor de la necesidad de que las propuestas de reforma de las prácticas punitivas se apoyaran en ideales regulativos legítimos y en la identificación de los medios requeridos para alcanzarlos.

Con el objetivo de mejorar el debate penal, Nino contribuyó no solo dialogando teóricamente con la criminología crítica de esa época. También se ocupó del rol de la dogmática penal. En *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Nino se ocupó de indagar sobre la naturaleza de la actividad que realizan los dogmáticos. Aquí el filósofo critica el desarrollo de polémicas estériles en este ámbito que se originan en la falta de comprensión de las reglas y características del lenguaje. Pero además señala cómo los dogmáticos trabajan sobre presupuestos normativos que no explicitan ni defienden. Con base en esto Nino defiende la existencia de una ideología dogmática, la que también se ocupa de caracterizar.

En este trabajo me ocuparé de un aspecto de la filosofía penal de Nino que creo se destaca sobre los otros, a saber, su teoría consensual del castigo (Nino, 1980b, 1983). En esta teoría confluyen consideraciones sobre el concepto de pena y sobre la justificación moral del castigo en un Estado liberal. Su teoría se destaca por proponer una justificación del castigo que, por un lado, evita el retribucionismo y, por otro lado, argumenta en contra de que los efectos del castigo puedan ser una justificación suficiente. Además, se ocupa de algunas cuestiones relativas al aspecto estigmatizador de la pena, el programa abolicionista y el retribucionismo.

La teoría consensual del castigo de Carlos Nino ha trascendido las fronteras del debate filosófico local y también las fronteras del tiempo. Así, en un artículo reciente Thomas Scanlon (Scanlon, 2003)<sup>2</sup> debate el argumento de Nino. En lo que sigue

2 Digo reciente porque es más cercano a la actualidad y fue publicado 20 años después de la publicación de la teoría en *Philosophy & Public Affairs*.

me ocuparé, en primer lugar, de reconstruir la teoría consensual del castigo de Nino. En segundo lugar, reconstruiré el desacuerdo de Scanlon con aquella. En tercer lugar, presentaré algunas respuestas que podrían ser ofrecidas a la crítica de Scanlon. Finalmente, y ya alejándome del debate entre ambos filósofos, me ocuparé de trazar algunos paralelismos entre la teoría liberal del castigo de Nino y la teoría republicana del castigo de Philip Pettit. Creo que esta última tarea es pertinente y valiosa. Es pertinente porque ambos enfoques se presentan como una alternativa al retribucionismo y a las teorías prevencionistas. Es valiosa porque permitiría sumar la teoría del castigo de Nino a los desarrollos actuales de la filosofía del castigo y los sistemas penales que transcurren principalmente al interior de la teoría republicana. Concluiré que ambos enfoques podrían prestarse un servicio mutuo en una tarea que ambos se proponen.

## Una teoría consensual del castigo

En su tesis doctoral, originariamente titulada *Towards a general strategy for criminal law adjudication* y luego publicada en español como *Los límites de la responsabilidad penal*, Nino propone una teoría consensual del castigo. Se trata de una teoría que busca dar una respuesta a la pregunta sobre cuándo está moralmente justificado el castigo. Para esto, Nino se propone exponer algunas consideraciones filosóficas sobre los problemas que plantea el castigo, sin realizar un tratamiento exhaustivo de estos asuntos, con el objetivo de extraer soluciones para problemas particulares de responsabilidad penal.

La primera cuestión de la que se ocupa Nino antes de defender una justificación moral del castigo es la encontrar una definición adecuada de «pena». Emprende esta tarea en clave estrictamente conceptual con el objetivo de descartar aquellas definiciones que implican o excluyen lógicamente alguna de las

justificaciones posibles. De este modo pretende aislar aquello que es objeto de justificación de las posibles justificaciones cuyo mérito debe defenderse de manera independiente. Al respecto Nino afirma que:

Como resultado de propuestas de autores como Flew y Hart, se acepta corrientemente que los casos de pena presentan las características siguientes: a) la pena implica la privación de derechos normalmente reconocidos u otras medidas consideradas no placenteras; b) es consecuencia de un delito; c) es aplicada en contra del autor del delito; d) es aplicada por un órgano del mismo sistema que ha convertido en delito el acto de que se trata (Nino, 1980b:199).

Dada esta caracterización Nino se ocupa, en primer lugar, de descartar que la definición de pena como consecuencia del delito sea un problema. Este problema surge dado que generalmente se define delito como acción punible, lo que daría lugar a una definición circular. Para evitar esta circularidad considera definir delito como un acto prohibido que conlleva medidas coactivas, mientras que la pena es un tipo de medida coactiva consecuencia de la violación de un deber jurídico.

Sin embargo, esta estrategia es insuficiente dado que no puede distinguir la pena de otras medidas coactivas estatales como las cuarentenas. Para saldar esto Nino argumenta, en primer lugar, que la pena se distingue de otras medidas coactivas porque somete a sus destinatarios a una situación de sufrimiento como un medio o como un fin. En tanto que el sufrimiento que conllevan el resto de las medidas coactivas estatales es un efecto secundario que de ser posible sería eliminado sin que la medida pierda sentido. La segunda característica distintiva de la pena es que es un símbolo de desaprobación moral de los penados. Hay ciertos actos que provocan determinadas reacciones cuyas características estigmatizadoras se transmiten a las consecuencias de aquellos, a saber, la pena.

En una primera etapa de su argumento, Nino considera que estas dos características distintivas de la pena son relevantes para

su justificación. En primer lugar, el hecho de que la pena sea una medida que supone la imposición de un sufrimiento como medio o como fin demanda una justificación específica. Dada esta característica de la pena la legitimidad de las autoridades que la imponen no es suficiente para su justificación.

De aquí en adelante la estrategia de Nino consiste en identificar en qué medida puede extenderse la justificación de las medidas coactivas, como la confiscación o la cuarentena, a la pena. Estas medidas coactivas se caracterizan por ser medidas públicas que conllevan la privación de derechos normalmente reconocidos con un objetivo de protección social. Estas medidas son aceptables en la medida en que son un mal necesario y efectivo para prevenir un mal mayor que es altamente probable.

¿Puede extenderse esta justificación al caso de la pena?, se pregunta Nino. Esta justificación es normalmente rechazada por autores que se oponen a las teorías prevenciónistas sobre la base de que la pena no es una medida efectiva para prevenir el mal que conlleva el delito. Pero este argumento, dice Nino, solo serviría para mostrar que no cumple alguna de las funciones que tradicionalmente se le ha asignado a la pena (1980b:214). Nino descarta que esta objeción sea decisiva puesto que solo funciona allí donde la pena es conceptualizada a partir de determinadas funciones. Sin embargo, lo que interesa aquí es buscar una justificación para una medida estatal que supone la imposición de sufrimiento con independencia de cuál sea la función de la pena en la persecución de un objetivo social como la prevención general o especial del delito.

Nino considera que existe una objeción decisiva a todas las medidas coactivas del Estado que suponen la privación de derechos en nombre de la protección social pero que no puede ser sorteada en el caso de la pena. Esta hace referencia a la distribución de las cargas que la imposición de estas medidas supone. Identificar esta objeción le permitirá afirmar por qué las justificaciones normalmente aceptadas para medidas coactivas como la cuarentena no pueden trasladarse al ámbito de la justificación

de la pena. Este será un paso necesario para identificar el tipo de justificación que demanda la pena.

Lo que caracteriza a las medidas coactivas como la cuarentena o la pena es que evitan el daño que la comunidad sufriría, pero lo hacen a costa de dañar desigualmente o de imponer cargas de manera inequitativa que de no ser por esto estarían mejor. El problema con estas medidas, entonces, es que mejoran la posición de un grupo, los miembros de la comunidad en cuestión, a costa de otro grupo, quienes sufren estas cargas, sin compensar a quien sufre la carga o imponer cargas similares al primer grupo (Nino, 1980b:222).

Pero a diferencia de la pena, las medidas coactivas restantes pueden superar la objeción de la desigual distribución de las cargas. Esto puede lograrse a través de cualquiera de estos dos mecanismos: 1) el sorteo, cuando se trata de cargas que pueden ser soportadas por todos; 2) la reducción del carácter desagradable de la medida al mínimo y el otorgamiento de una compensación (Nino, 1980b:223). Sin embargo, ninguno de estos mecanismos puede contribuir a eliminar la distribución injusta de sufrimiento que conlleva la pena sin que ésta deje de cumplir su función. Sería absurdo suponer que la pena puede funcionar como una práctica destinada a la protección social si se decide quién será penado por la comisión de un delito en base a un sorteo o si se compensa al penado por el malestar que le ocasiona el cumplimiento de la pena.

A partir de esto Nino concluye que la pena necesariamente supone una distribución inequitativa de las cargas que conlleva el sufrimiento de un grupo de personas con el fin de que otro grupo de personas estén protegidas de daños futuros. La distribución es inequitativa porque no se compensa el primer grupo por el sufrimiento que conlleva la pena y el grupo beneficiado no tiene cargas correlativas a las del primer grupo (1980b:224).

Esta conclusión que Nino califica de absurda puede evitarse a través de dos estrategias. La primera consiste en una estrategia aportada por el retribucionismo y a la que califica de ineficaz. De

acuerdo con esta, la pena no supondría la imposición inequitativa de una carga dado que, por el contrario, restaura una distribución equitativa que ha devenido inequitativa con la comisión del delito (1980b:224). Nino descarta esta estrategia afirmando que el retribucionismo no da cuenta de cómo la pena restaura el orden equitativo alterado por el delito y priva al responsable de los beneficios obtenidos.

La segunda estrategia es en la que se apoya la teoría consensual del castigo del autor. De acuerdo con esta, a diferencia de otras medidas, la pena es una carga que sufre alguien a consecuencia de algo que está bajo su control (Nino, 1980b:225). Es decir, es producto de la voluntad del penado que ha decidido ejecutar un curso de acción que conlleva esta sanción. En consecuencia, Nino afirma que quien ha cometido un delito ha aceptado la distribución inequitativa que supone la aplicación de la pena.

Haciendo una analogía con las cargas a veces inequitativas que impone el cumplimiento de un contrato, Nino enumera las condiciones mínimas del consentimiento y en esto no hay nada diferente a lo que normalmente requiere, a saber, voluntariedad y conocimiento de las circunstancias. Además, se requiere que las obligaciones que conlleva sean consentidas.

De acuerdo con la noción de consentimiento empleada aquí por Nino, una persona consiente todas las consecuencias necesarias conocidas que se siguen del acto consensual (1980b:228). Que tales consecuencias cuenten como consentidas es independiente de las actitudes que en la persona puedan suscitar los actos que las obligaciones consentidas demandan. En este sentido, Nino escribió: «Pienso que casi todos estaríamos de acuerdo en que la circunstancia de que una obligación haya sido asumida consensualmente provee el menos una justificación prima facie para ejecutar tal obligación en contra de la persona que la ha consentido» (1980b:229).

Las consecuencias que importan aquí son las consecuencias normativas antes que las consecuencias fácticas del acto consensual que supone la comisión de un delito. Una consecuencia

fáctica que se sigue de la comisión de un delito es la pérdida de la inmunidad frente a la autoridad que posee el poder de castigar. Pero esta es una consecuencia jurídica antes que moral. El consentimiento que interesa para la tarea de justificar el castigo es el otorgado a la consecuencia normativa consistente en la sujeción jurídica a la pena. De este modo Nino concluye que:

Si la obligación a cuya violación se imputa una pena es una obligación justificada, las autoridades implicadas legítimas y la pena es un medio necesario y efectivo para proteger a la comunidad contra males mayores, el hecho de que el individuo ha consentido libremente en hacerse sujeto de una pena provee una justificación prima facie para el ejercicio de la facultad correlativa de penarlo. (1980b:237)

Dado que Nino comparte con Scanlon su rechazo al retribucionismo –en el próximo apartado me ocuparé de analizar la crítica que este autor le hace–, antes de avanzar conviene remarcar cuál es la posición de Nino respecto de este enfoque. Como mencioné más arriba, Nino rechaza el retribucionismo como una estrategia eficaz para dar respuesta a la distribución desigual de cargas que conlleva el sufrimiento que supone la pena (1980b:224). Tal rechazo se funda en que este enfoque no puede explicar cómo la imposición de sufrimiento es un medio para restaurar los derechos vulnerados de la víctima de delito o la comunidad y privar al autor de los beneficios obtenidos (1980b:225). En primer lugar, Nino rechaza la idea de merecimiento moral negando que exista algo bueno en imponer sufrimiento a quien es culpable de un delito. En segundo lugar, afirma que la práctica institucional del castigo no puede justificarse en el objetivo de que quienes son responsables por la comisión de delito vivan de acuerdo con lo que merecen (Scanlon, 2003:220).

Pero el rechazo del retribucionismo, por lo menos de una versión de acuerdo con la cual hay algo valioso en el castigo de

actos moralmente malos, presenta problemas para justificar determinadas prácticas como la aplicación retroactiva de las leyes penales y resolver determinados problemas políticos como el castigo de la violación de derechos humanos perpetrados por un Estado dictatorial. Nino considera que su teoría consensual del castigo puede sortear este inconveniente evitando el retribucionismo y por lo tanto –evitando también– que los perpetradores de estas violaciones puedan defenderse afirmando que sus actos eran moralmente justificables en el momento en que tuvieron lugar.

En el caso de la última dictadura militar argentina tanto los perpetradores de tales violaciones como las víctimas recurrieron a un punto de vista retribucionista. Los perpetradores argumentaron que sus actos estaban moralmente justificados y cual fuese la ley con la que quería juzgarlos el gobierno democrático no importaba. Por otro lado, las Madres de Plaza de Mayo argumentan que con independencia de cuál haya sido la ley vigente cuando se cometieron tales actos, lo que importa es que se trataba de actos moralmente malos y que en consecuencia merecían castigo (Nino, 1993a). Ambas estrategias se apoyan en la existencia de un estándar extralegal por lo que entran en tensión con el Estado de derecho. Esta es la preocupación que impulsa a Scanlon a cuestionar la teoría consensual de Nino. Scanlon se pregunta si tal teoría puede llenar el vacío lógico que surge al rechazar el retribucionismo y, adicionalmente, si puede llenar tal vacío sin –a su vez– negar que el castigo es una práctica institucional que debe insertarse en el Estado de derecho. A continuación, desarrollaré este comentario.

### Castigo y Estado de derecho. La crítica de Thomas Scanlon

En un artículo titulado «Punishment and rule of law» (2003), Thomas Scanlon destaca el valor de la teoría consensual del castigo de Nino por tratarse de un aporte que contribuye a preservar el Estado de derecho pero que da respuesta a problemas políticos

concretos. Más específicamente se refiere a cómo su trabajo teórico provee respuestas para las demandas de víctimas de violación de derechos humanos. Scanlon comparte con Nino su rechazo al retribucionismo pero reconoce que en comunidades como la Argentina, marcada por la violación de derechos humanos por un gobierno de facto, resulta un punto de vista difícil de rechazar. Ello se debe a que, como mencioné en el punto anterior, la demanda de las víctimas se apoya en un estándar extralegal que permite afirmar que, con independencia del orden legal vigente durante la dictadura, los funcionarios ejecutaron acciones intrínsecamente malvadas.<sup>3</sup>

Scanlon acuerda con las dos razones presentadas por Nino para rechazar el retribucionismo. En primer lugar, rechaza que sea algo moralmente bueno que los culpables de un delito sufran. En segundo lugar, rechaza que la imposición de sufrimiento sobre la base de que es merecido sea una justificación adecuada para una institución política como el castigo. Sin embargo, Scanlon considera que el énfasis que Nino pone en el «elemento mental» del consentimiento es insuficiente para justificar una alternativa al retribucionismo que no se base exclusivamente en la función preventiva.

Como señala Scanlon, y nadie dudaría en decir esto, la principal alternativa al retribucionismo está dada por los enfoques preventivistas. Estos últimos dan una razón directa para la adopción de una práctica institucional que, a través del castigo, disuade la comisión de futuros delitos con independencia de si en el momento de su comisión estaban legalmente autorizados. Sin embargo, estos enfoques no pueden dar cuenta, afirma Scanlon, del valor que existe en reconocer (*affirmation*) que las víctimas fueron

3 En el caso argentino el enfoque del retribucionismo «explicó por qué el castigo retroactivo estaba justificado; identificó que era sobre los torturadores y los secuestradores que pedían el castigo: el mal de sus acciones; proporcionó una base para insistir en que todos esos criminales deben ser castigados; y, por lo tanto, explicaba la legitimidad de las demandas de las familias de las víctimas para responder a lo que les habían hecho a ellas y a sus seres queridos» (Scanlon, 2003:221, trad. propia).

dañadas Como apuntamos más arriba, Nino recogía la función expresiva del castigo propuesta por Feinberg como uno de los pilares definicionales del concepto de pena (Nino, 1980b:205). De acuerdo con esta idea la pena, a diferencia de otras medidas coactivas, cumple la función de un mecanismo convencional para expresar el resentimiento o desaprobación del delito (Nino, 1980b:205).

En el caso de las víctimas de actos como los ocurridos en la última dictadura argentina (o, incluso, en el caso de las víctimas de otros delitos) el castigo inadecuado o la ausencia del castigo parecen ser problemas importantes desde que suponen ausencia de reconocimiento de que ciertas personas fueron víctimas. Es decir, es la ausencia de reconocimiento del agravio de las víctimas antes que la ausencia de sufrimiento en los culpables lo que funda la demanda de castigo. En este sentido, en contra de Nino, Scanlon afirma que lo que es crucial en relación con la pena es el reconocimiento, no el sufrimiento (Scanlon, 2003:223).

El reconocimiento es un valor que, asociado al castigo, permite justificar cómo esta institución coopera al mantenimiento del Estado de derecho. Scanlon argumenta que cuando el daño perjuicio que sufrieron las víctimas no es reconocido, estas tienen menos respeto o invierten menos en el respeto a la ley. Al respecto este autor afirma:

*The right response to the demand for affirmation may undermine this dangerous tendency, thereby building the rule of law. As Nino emphasized in his writings on deliberative democracy, the public character of the proceedings within a trial, and the public discussion surrounding it, can play a crucial positive role of this kind. (Scanlon, 2003:223)<sup>4</sup>*

4 La respuesta correcta a la demanda de afirmación puede socavar esta peligrosa tendencia, construyendo así el Estado de derecho. Como destacó C. S. Nino en sus escritos sobre la democracia deliberativa, el carácter público de los procedimientos dentro de un juicio y la discusión pública que lo rodea pueden desempeñar un papel positivo crucial de este tipo (trad. propia).

En consecuencia, lo que se le puede pedir a una institución o práctica como el castigo es que: 1) sea efectiva para disuadir el delito; 2) que reconozca los derechos de las víctimas y les proporcione una audiencia para expresar el resentimiento que tales actos le provocan; 3) que sea justo en el sentido de proporcionado y que sea seguro. Esta última característica (3) es la que da pie al resto del argumento de Scanlon. De acuerdo con este, y todos acordaríamos en ello, el castigo es una institución peligrosa y como tal los ciudadanos respetuosos de la ley deben estar protegidos de él. Como vimos, y es normalmente reconocido, las teorías prevenciónistas no proporcionan por sí mismas una protección segura frente al castigo. Por el contrario, el retribucionismo proporciona esta seguridad sobre la base de que impone sufrimiento solo a los culpables.

De modo que el vacío que deja el retribucionismo en términos de inmunidad frente al castigo injusto no puede ser completado por los enfoques prevenciónistas. Sin embargo, tanto Nino como Scanlon rechazan el retribucionismo, de manera que queda un vacío lógico que debe llenarse. Nino propone cubrirlo con su tesis consensual del castigo: el consentimiento del acto que se encuentra calificado como delito se extiende a sus consecuencias normativas. Una de esas consecuencias normativas es la pérdida de inmunidad frente al castigo que es objeto de la demanda de seguridad mencionada en el párrafo anterior.

A favor de la tesis que sostiene que consentir determinados actos conlleva consentir sus consecuencias normativas necesarias, Nino presenta dos ejemplos, a saber, el del contrato y el de la asunción de un riesgo. Scanlon considera que estos casos son diferentes en un sentido relevante. La diferencia está dada porque parece más fácil hablar de consentimiento en el caso del contrato que en el caso de la asunción del riesgo que deriva en responsabilidad extracontractual. En respaldo a esta idea argumenta que:

*The condition of knowledge that Nino mentions seems out of place in the latter context: surely a person need not be*

*aware of tort law in order to «assume a risk» in a legally significant way. Even in the case of contracts, the requirement that an agent know the legal consequences of his or her act may seem too strong when understood literally. But it does seem that a party to a contract must intend, and hence believe, that he or she is laying down some legal right (whether or not he or she must know exactly what that right is). This makes it appropriate to speak of consent. In the case of assumed risk, however, it is a stretch to speak even of implied consent to a legal consequence. (Scanlon, 2003:227-228)<sup>5</sup>*

Scanlon advierte que es necesario identificar un valor que justifique por qué el consentimiento nos obliga moralmente a cumplir las obligaciones que se han asumido. Es aquí donde Scanlon defiende la idea de que tal valor podría ser el control. Este valor no solo permitiría justificar el deber moral de cumplir las obligaciones consentidas y la pérdida de inmunidad frente al castigo, sino que además apoya su intuición sobre la diferencia del caso del contrato y de la asunción de un riesgo.

El valor del control puede interpretarse tanto en sentido positivo como negativo. En el caso del contrato, el control se presenta en ambas versiones. La versión positiva del control que las partes tienen sobre la opción de contratar da lugar a que sus voluntades se vean realizadas en las consecuencias normativas asumidas por

<sup>5</sup> La condición de conocimiento que Nino menciona parece estar fuera de lugar en este último contexto: seguramente una persona no necesita conocer la ley de responsabilidad civil para poder «asumir un riesgo» de una manera legalmente significativa. Incluso en el caso de los contratos, el requisito de que un agente conozca las consecuencias legales de su acto puede parecer demasiado fuerte cuando se lo entiende literalmente. Pero parece que una parte en un contrato debe pretender, y por lo tanto creer, que él o ella está estableciendo algún derecho legal (independientemente de si él o ella debe saber exactamente cuál es ese derecho). Esto hace que sea apropiado hablar de consentimiento. En el caso de un riesgo asumido, sin embargo, es un esfuerzo hablar incluso de consentimiento implícito a una consecuencia legal (trad. propia).

las partes. Además, en este caso, las partes tienen control negativo sobre la opción de contratar y asumir las consecuencias negativas del contrato. Este control negativo significa que tienen la opción de no contratar y en consecuencia de mantener la inmunidad frente a las obligaciones que de otro modo perderían. Por el contrario, en el caso de la asunción del riesgo el control es meramente negativo. Tomar la opción riesgosa no es un medio para darle efecto a la voluntad de quien asume el riesgo. Lo relevante en este caso es que la parte tiene el poder de evitar una pérdida optando por la opción no arriesgada.

Parece que lo que importa y comparten el caso del contrato, la asunción del riesgo y la pena es el control negativo. Es decir, el hecho de que la elección entre la opción de mantener la inmunidad frente a las obligaciones y la elección de la opción *delito+pérdida de inmunidad frente al castigo* no depende de otros. Sobre esta consideración trazaré algunos vínculos entre la teoría consensual del castigo de Nino y el valor de la libertad como no dominación.

Pero antes de avanzar al siguiente paso veamos qué relevancia tiene el argumento de Scanlon en contra de la propuesta de Nino. Lo que Scanlon afirma es que, si el valor que justifica la pérdida o conservación de inmunidad frente a la pena es el control, los estados mentales del agente pasan a ocupar un lugar menos relevante. De lo que Scanlon concluye que:

*Since the question is whether the person had the protection provided by an opportunity to avoid the loss, what is relevant is not what the person knew about the normative consequences of his or her act but what he or she could have known, by exercising a reasonable level of care, about its likely consequences, and about the availability of alternative courses of action.* (Scanlon, 2003:228)<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Dado que la pregunta es si la persona tuvo la protección provista por una oportunidad para evitar la pérdida, lo que es relevante no es lo que la persona sabía sobre las consecuencias normativas de su acto sino lo que él o ella podría haber

A partir de esto Scanlon defiende que el valor que llena el vacío dejado por el rechazo del enfoque retribucionista del merecimiento es el valor de una oportunidad justa de evitar ser castigado. Este valor está garantizado allí donde existen las condiciones institucionales requeridas para que los ciudadanos tengan el control sobre la elección entre la opción de evitar el castigo y la de cometer un *delito+pérdida de inmunidad frente al castigo*. Adoptar este valor como justificación del castigo no niega que determinados estados mentales asociados con el consentimiento sean una condición necesaria para justificar el castigo. En cambio, niega que el consentimiento sea el valor que justifica la distribución desigual del sufrimiento que implica el castigo.

### Una justificación republicana del principio de distribución propuesto

Una pregunta o problema filosófico que ha guiado la obra de Nino es cómo es compatible el castigo con el valor de la autonomía. Esta pregunta puede ser desdoblada en dos, una sobre cómo es compatible la imposición estatal de sufrimiento con la autonomía. Y la otra sobre cómo es compatible la distribución desigual del sufrimiento con la autonomía de a quiénes se les impone tal carga. La teoría consensual del castigo de Nino es una respuesta a esta última pregunta.

Para Nino, el consentimiento de la consecuencia normativa –consistente en la pena– prestado a través de la ejecución de una opción que ha sido calificada como delito justifica la imposición inequitativa de tal carga. Pero como también vimos, Scanlon identifica que, aunque el consentimiento es una condición necesaria para que podamos afirmar que el agente ha elegido la opción que

---

sabido ejerciendo un nivel de atención razonable sobre sus posibles consecuencias y sobre la disponibilidad de cursos de acción alternativos (trad. propia).

puede ser descripta como *delito+pena*, este no es el valor que justifica la pérdida de la inmunidad frente a la pena. Para Scanlon el valor que justifica la pérdida de tal inmunidad es el control negativo en el ejercicio de la opción. Esto significa que la posibilidad de haber evitado la elección de la opción *delito-pena* depende de quien actúa. En este sentido, la réplica de Scanlon no niega la tesis de Nino la cual se limita a afirmar que el consentimiento otorga una razón *prima facie* para justificar la imposición desigual del sufrimiento que involucra la pena.

El control es un valor que cumple una doble función. Por un lado, justifica la imposición inequitativa de sufrimiento sobre quienes cometieron delitos. Por el otro, también brinda una protección contra la pena a quienes deciden no elegir la opción *delito+pena*. Solo tenemos el control sobre la opción de evitar el castigo allí donde otro no tiene el control por nosotros. De esta manera, la probabilidad de sufrir una pena puede depender de nosotros. Elevamos esta probabilidad cuando ejecutamos una acción calificada como delito. Sin embargo, también puede depender de otros o del azar. Ocurrirá lo primero, por ejemplo, cuando no importa lo que hagamos y otros tienen el poder de castigarnos. Ocurrirá lo segundo si, por ejemplo, el castigo en una sociedad estuviese estructurado sobre la base de algún sistema de lotería que haga que, después de un sorteo, cierto número de personas deba ser castigado. Este último caso queda excluido del debate que aquí interesa, porque, como sostiene Nino, el azar no es un criterio distributivo aceptable en el caso de la pena. En cambio, en los otros dos casos, es decir, cuando ejecutamos una acción calificada como delito incrementando de ese modo la probabilidad de sufrir una pena parece que el castigo está justificado. Por el contrario, en el primer escenario, es decir cuando la probabilidad de sufrir una pena está bajo nuestro control, los ciudadanos inocentes quedan protegidos frente al castigo donde se da. Es decir, la autonomía de los ciudadanos parece compatible con la distribución desigual del castigo allí donde la probabilidad de ser castigado está bajo nuestro control.

Cuando la institución o práctica del castigo se apoya en el valor del control, la probabilidad de ser castigado depende exclusivamente de nosotros y, en consecuencia, el sufrimiento desigual que conlleva el castigo parece compatible con la autonomía. Perdemos el control sobre el ejercicio de la opción de evitar el castigo o consentirlo cuando tal probabilidad depende de la voluntad de otro. Cuando la institución del castigo funciona de este modo parece incompatible con la autonomía. Pero esta no es una idea nueva, la idea de que el control sobre el poder de interferencia que administra una institución como la del castigo es una condición suficiente para justificar la imposición de una carga como la pena ha sido ya defendida por teóricos republicanos como Philip Pettit (Pettit y Braithwaite, 1990; Pettit, 1997a, 2012a).

La importancia del control radica en que solo allí donde tenemos el control sobre el poder de interferencia del que dispone una institución como la pena podemos ser libres en el sentido de la libertad republicana, es decir, en el sentido de que nuestro destino no está sujeto a una voluntad ajena. El control sobre el poder de interferencia de la institución de la pena garantiza que esta sea compatible con la autonomía de los ciudadanos. En este sentido, Pettit afirma que:

*The idea of controlled interference provides us with the core element for a republican theory of political legitimacy. It suggests that if the people governed by a state control the interference practiced by government – if they control the laws imposed, the policies pursued, the taxes levied – then they may not suffer domination at the hands of their rulers and may continue to enjoy their freedom in relation to the state. (Pettit, 2012b:153)<sup>7</sup>*

<sup>7</sup> La idea de la interferencia controlada nos proporciona el elemento central para una teoría republicana de la legitimidad política. Sugiere que si las personas gobernadas por un Estado controlan la interferencia practicada por el gobierno –si controlan las leyes impuestas, las políticas aplicadas, los

El control que interesa aquí no es el que exige que los ciudadanos tengan una influencia causal sobre la pérdida de inmunidad frente a la pena. Tampoco es el que demanda una influencia intencional direccionada a asumir las consecuencias de la comisión de un delito. Por el contrario, el control que es requerido es un control institucional que protege la elección entre la opción de evitar el castigo no ejecutando la opción *delito+pena* frente a la invasión de la voluntad ajena.

En este sentido, el ideal republicano de la libertad como no dominación podría proveer una justificación del castigo que siga el camino argumentativo emprendido por Nino y tome en consideración la crítica de Scanlon. De acuerdo con este ideal, la libertad requiere ausencia de dominación y:

*Someone, A, will be dominated in a certain choice by another agent or agency, B, to the extent that B has a power of interfering in the choice that is not itself controlled by A. When I say that B has a power of interference I mean that B has the unvitiated and uninvaded capacity to interfere or not to interfere. And when I say that that power of interfering is not controlled by A, I mean that it is not exercised on terms imposed by A: it is not exercised in a direction or according to a pattern that A has the influence to determine. (Pettit, 2012b:50)<sup>8</sup>*

En diferentes trabajos Pettit se ha ocupado de analizar las implicancias del valor de la libertad como no dominación para los

---

impuestos recaudados— entonces no pueden sufrir la dominación de manos de sus gobernantes y pueden seguir disfrutando de su libertad en relación con el Estado (trad. propia).

<sup>8</sup> Alguien, A, estará dominado en una determinada opción por otro agente o agencia, B, en la medida en que B tiene un poder de interferir en la opción que no está bajo el control de A. Cuando digo que B tiene un poder de interferencia, quiero decir que B tiene la capacidad no viciada y no invadida de interferir o no interferir. Y cuando digo que ese poder de interferir no está controlado por A, quiero decir que no se ejerce en los términos impuestos por A: no se ejerce en una dirección o según un patrón sobre el que A tiene influencia para determinar (trad. propia).

sistemas penales (Pettit y Braithwaite, 1990; Pettit, 2000, 2002, 2014). En cuanto al castigo ha argumentado a favor de una alternativa al retribucionismo y prevenciónismo. En este sentido, su punto de vista comparte con el de Nino el rechazo por estos enfoques. El castigo en la política criminal republicana es un medio para la rectificación de los efectos del delito. La rectificación exige la observación de las tres erres de la condena republicana (RRR). Primero, el *reconocimiento* del estatus de la víctima como persona no dominada y libre. Segundo, la *recompensa* a la víctima o a su familia por el daño ocasionado. Tercero, la *renovación* de la seguridad de la víctima y de la comunidad en la que el delincuente dejará de ser la amenaza que fue cuando cometió el crimen (Pettit, 1997a:206). La rectificación de los efectos del delito es la función social que cumple el castigo en la teoría republicana para los sistemas penales (Braithwaite, Pettit, 1990).

Con independencia de cuál es la función social del castigo — cuestión que Pettit ubica en el ámbito de la justicia social, es decir, en la dimensión de la distribución de la libertad entre los ciudadanos— la institución del castigo debe dar cuenta de su compatibilidad con la libertad de quienes estamos sujetos a ella. La pregunta sobre la compatibilidad del castigo con la libertad como no dominación es una pregunta que Pettit considera parte de la dimensión de la legitimidad de su teoría. Para que la institución del castigo sea legítima debe estar sometida a un sistema de control popular. Ese sistema de control popular debe garantizar que los ciudadanos tengan igual acceso a la influencia de modo que puedan imprimir una dirección aceptable sobre la institución. Pero además es necesario que el control sea lo suficientemente robusto y eficaz para que los ciudadanos no vean en el castigo el producto de la sujeción a una voluntad ajena (Pettit, 2012a: 130-186).

Sin embargo, el ideal de legitimidad de Pettit aplicado a los sistemas penales y, más específicamente, a la institución del castigo solo responde a la primera pregunta. Esta, recordemos, se refiere a cómo resolver la aparente incompatibilidad entre la imposición

de sufrimiento con el valor de la autonomía.<sup>9</sup> En respuesta a esta pregunta, Pettit se limita a identificar las condiciones para la compatibilidad de la libertad como no dominación con una institución que administra un poder de interferencia donde la interferencia involucrada reviste la particularidad de consistir en la imposición de sufrimiento. De ahí que el trabajo de Nino ayuda a advertir que el republicanismo, por lo menos en la versión presentada en la teoría de Pettit, todavía no ha respondido satisfactoriamente a la segunda pregunta referida a la desigual distribución del sufrimiento que supone la aplicación de la pena. Este problema exige una respuesta específica diferente a la dada por Pettit sobre la legitimidad genérica de la institución del castigo. Esta es una cuestión que no ha sido explorada sobre la base del valor de la libertad como no dominación.

Advertir esto me lleva a concluir que la teoría consensual del castigo de Nino a la luz de la observación de Scanlon y la teoría republicana de la legitimidad de Philip Pettit podrían prestarse un servicio mutuo. Esta última puede aportar un ideal regulativo diseñado sobre la base de la libertad como no dominación. Este podría explicar por qué el control sobre la opción de evitar el castigo o asumirlo es relevante para justificar por qué este afecta a algunos ciudadanos de manera desigual. Adicionalmente, se trata de un ideal que provee herramientas para la protección institucional contra el castigo de quienes optan por no violar la ley penal. Por otro lado, la teoría consensual del castigo de Nino le ofrece al republicanismo un desafío consistente en una pregunta sobre la justificación de la compatibilidad de la distribución inequitativa del castigo con la libertad.

<sup>9</sup> He desarrollado esta tarea en mi tesis doctoral titulada «La evaluación de ámbitos de excepcionalidad material desde el ideal político republicano: la figura del merodeo». Aquí exploro las implicancias para los sistemas penales del valor de la libertad como no dominación entendida como ausencia de sujeción a un poder incontrolado. Más específicamente me ocupo de la dominación originada en el ámbito de los mecanismos de control o contestación ciudadana, la asimetría entre legitimidad e ilegitimidad y las consecuencias del carácter robusto del valor de la libertad como no dominación para el diseño de arreglos institucionales. Finalmente, propongo un principio que llamo principio de profusión del control que pretende dar cuenta de la mayoría de estos aspectos.

## CAPÍTULO 9 LA TEORÍA CONSENSUAL DE LA PENA EN LA ENCRUCIJADA

Matías Parmigiani<sup>1</sup>

### Introducción

Dos son al menos las preguntas que ninguna teoría justificatoria del castigo debería ignorar: por un lado, qué cosa está llamada a justificar (P1), y, por el otro, de qué modo ha de hacerlo (P2). Responder P1 implica delimitar el ámbito objetual de la indagación ético-filosófica. Responder P2, por su parte, implica delinear su compromiso metodológico. Dada la importancia de estas preguntas, difícilmente se encuentren teorías justificatorias del castigo no dispuestas a lidiar con ellas. Por cierto, la teoría consensual de la pena desarrollada por C. S. Nino no es la excepción.

Fundamentalmente en *Los límites de la responsabilidad penal (LRP)*, su obra penal cumbre, aunque también en otros trabajos dispersos, Nino intentó abordar ambas preguntas. A los efectos de responder P1, lo que hizo fue poner en correlación el castigo con «la extensa familia de medidas que implican la privación de derechos normalmente reconocidos, usando medios coactivos si es necesario, ejercida por instituciones oficiales» (Nino, 1980b:209). Obrando así, aparentemente Nino conseguía quitarse un gran peso de encima. ¿O acaso quién pensaría que las cuarentenas o las requisas de bienes en tiempos de guerra, claros representantes de aquella extensa familia de medidas, deberían someterse a escrutinios filosóficos profundos? (Nino, 1980b:209).

<sup>1</sup> Conicet-UES 21

## BIBLIOGRAFÍA

- Abbagnano, Nicola, *Historia de la filosofía*, vol. 1, trad. Juan Esterlich y J. Pérez Ballestar, Hora SA, Barcelona, 1994.
- Adorno, Teodor, «Zur Logik der Sozialwissenschaften», *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 14, 1962, vol. 2, 249-263.
- Adorno, Teodor, *Negative Dialektik. Jargon der Eigentlichkeit*, Shurkamp, Frankfurt, 1970.
- Affeldt, Steven, «The Force of Freedom. Rousseau on Forcing to Be Free», *Political Theory*, 27, 3, 1999, 299-333.
- Alexy, Robert, «La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino», *Doxa*, Nº 26, 2003, 173-201.
- Alexy, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Alles, Nicolás E., «Verdad moral y democracia en Carlos Nino. Consideraciones sobre el constructivismo, el conocimiento moral y la deliberación», *Isonomía*, Nº 44, 2006, 99-126.
- Almond, Gabriel, *Una disciplina segmentada. Escuelas y corrientes en las ciencias políticas*, FCE, México, 1999.
- Alterio, Ana Micaela, «Reactive vs. Structural Approach: A Public Law Response to Populism» (forthcoming, 2019).
- Álvarez, Luciana, «La cuestión indígena en Argentina: de la efectividad a los contextos de producción», *Revista Perfiles Latinoamericanos*, 34, Flacso, México, 2009, 87-110.

- Álvarez, Luciana, *Derechos a la diferencia. El caso indígena en el discurso jurídico argentino*, Biblos, Buenos Aires, 2013.
- Álvarez, Luciana, «Judicialización de la política y soberanía popular: sobre el estatuto político de las resoluciones judiciales», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 108, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal, 2015, 95-110.
- Álvarez, Luciana, «Algunos problemas que caracterizan las prácticas contemporáneas de producción de conocimiento jurídico», *Cinta de Moebio. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales*, 60, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2017, 268-278.
- Álvarez, Luciana, «Función judicial y prácticas de gobierno: apuntes para una genealogía de la judicialización de la política en Argentina», Dossier: Judicialización de la política: una serie de problemas que son los nuestros... *Revista Estudios. Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, 20, Mendoza, 2018a.
- Álvarez, Luciana, «Crítica genealógica y derecho: hacia una reconfiguración experimental de la producción de conocimiento jurídico», disertación Seminario de profesores del Departamento Académico de Derecho, ITAM, México DF, 16 de noviembre, 2018b (mimeo).
- Álvarez, Luciana, «Conocimiento jurídico e intervención profesional: elementos para pensar la investigación en derecho en la actualidad», *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, 2019a (en prensa).
- Álvarez, Luciana, «Pensar el giro punitivo a partir de la judicialización: elementos para problematizar la gubernamentalidad neoliberal», en "Mimeo", AA.VV., Buenos Aires, Editorial Teseo, 2019b (en prensa).
- Álvarez, Silvina, «Pluralismo moral», en Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos F. (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Apel, Karl-Otto, *Semiótica filosófica*, Almagesto, Buenos Aires, 1994.
- Arato, Andrew, «Populism and the Courts», *International Journal of Constitutional Law Blog*, April 2017. Recuperado de <http://www.iconnectblog.com/2017/04/populism-and-the-courts/>
- Arendt, Hanna, *Macht und Gewalt*, Piper, München, 1969/2008.
- Asís Roig, Rafael de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000.
- Bächtiger, A., et al., «Disentangling Diversity in Deliberative Democracy: Competing Theories, Their Blind Spots and Complementarities», *The Journal of Political Philosophy*, 18, 2010, 32-63.
- Barberis, Mauro, «Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral», en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Barnett, Randy E., «The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent», *Virginia Law Review*, 78, 1994, 821-911.
- Bayón, Juan Carlos, «Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo», en Betegón, Jerónimo, De Páramo, Juan Ramón, Laporta, Francisco y Prieto Sanchís, Luis (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- Bayón, Juan Carlos, «¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?», *Diritto & Questioni Pubbliche*, Nº 9, 2009, 189-228.
- Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Benente, Mauro, «El platonismo en la democracia deliberativa de Carlos Nino», *Isonomía*, Nº 36, 2012, 117-146.
- Benhabib, Seyla «Communicative Ethics and Current Controversies in Practical Philosophy», en Benhabib, S. y Dallmayr, F. (eds.), *The Communicative Ethics Controversy*, MIT Press, Massachusetts, 1995, pp. 330-370.

- Blondiaux, L., *El nuevo espíritu de la democracia. Actualidad de la democracia participativa*, Prometeo, Buenos Aires, 2013.
- Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Plaza Janés, Barcelona, 1985a.
- Bobbio, Norberto, «La crisis de la democracia y la lección de los clásicos», en Bobbio, N., Pontara, G. y Veca, S., *Crisis de la Democracia*, Editorial Ariel, Barcelona, 1985b, pp. 5-25.
- Bohman, James, «The Coming of Age of Deliberative Democracy», *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6 (4), 1998, 400-425.
- Bohman, James, «Deliberative Toleration», *Political Theory*, N° 31, 2003, 757-779.
- Bohman, James y Rehg, William (eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, MIT Press, Cambridge, 1997.
- Boonin, David, *The Problem of Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Braithwaite, John and Pettit, Philip, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1990.
- Brown, Wendy, *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*, trad. Víctor Altamirano, Malpaso Ediciones, Barcelona, 2016.
- Bustamante, Thomas, «Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios», *Doxa*, N° 33, 2010.
- Castro Orellana, Rodrigo, «Foucault y la resistencia. Una gramática del concepto», *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, vol. XXII, N° 1, Málaga, 2017, 45-63.
- Caracciolo, Ricardo, «Una discusión sobre normas derrotables», *Discusiones* [online], N° 5, 2005, 87-100.
- Caracciolo, Ricardo, «Normas derrotables. La Concepción de Carlos Alchourrón», *Análisis Filosófico*, vol. XXVI, N° 1, 2006, 156-177.
- Chambers, Simone, «Deliberative democratic theory», *Annual Review of Political Science*, vol. 6, 2003, 307-326.
- Charadeau, Patrick y Maingeneau, Dominique, *Diccionario de análisis del discurso*, Amorrortu, Buenos Aires, 2002.
- Chiassoni, Pierluigi, «Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral. Con una premisa sobre la *Grundphilosophie*», en Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni Battista (eds.), *El realismo genovés*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 147-185.
- Cohen, Joshua, «Deliberation and Democratic Legitimacy», en Bohman, James y Rehg, Williams (eds.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, MIT Press, Cambridge, 1997, pp. 67-92.
- Cohen, Joshua, «Democracy and Liberty», en Elster, J. (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 185-231.
- Cohen, Joshua, «Deliberación y legitimidad democrática», *Cuadernos gris*, N° 9, 2007, 127-146.
- Damiani, Alberto, *Handlungswissen. Eine transzendente Erkennung nach der pragmatischen Wende*, Verlag Karl Alber, Freiburg/München, 2009.
- Derrida, Jacques y Roudinesco, Elisabeth, *Y mañana, qué*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009.
- De Zan, Julio, *Libertad, poder y discurso*, Almagesto, Buenos Aires, 1993.
- De Zan, Julio, *La vieja y la nueva política. Libertad, poder y discurso*, Unsam Edita, Buenos Aires, 2013.
- Dryzek, John, *Deliberative Democracy and Beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Dryzek, John, «Deliberative Democracy in Divided Societies», *Political Theory*, 2, 2005, 218-242.
- Dworkin, Ronald, *Laws's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

- Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Elster, John, *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.
- Elster, John, *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, trad. José María Lebrón, Gedisa, Barcelona, 2001.
- Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. Magdalena Holguín, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1997.
- Entelman, Ricardo, «Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico», en AA.VV., *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982.
- Erman, Eva, «What is 'critical' about critical theory?», *Philosophy and Social Criticism*, 43, N° 3, 2016, 300-301.
- Espósito, Roberto, *Diez pensamientos acerca de la política*, F.C.E., Buenos Aires, 2012.
- Estlund, David, *Democratic Authority. A Philosophical Framework*, Princeton University Press, Princeton, 2008.
- Estlund, David, *La Autoridad Democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.
- Everson, Stephen, «What Are Reasons for Action?», en Sandis, Constantine (ed.), *New Essays on the Explanation of Action*, Palgrave Macmillan, New York, 2009, pp. 22-47.
- Farrell, Martín, «Autonomía y consecuencias», en Hongju Koh, H. y Slye, R.C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 79-88.
- Farrelly, Collin, «Justice in ideal theory: A refutation», *Political Studies*, 55(4), 2007, 844-864.
- Fassin, Didier, «Hacia una ciencia social crítica. Entrevista a Didier Fassin», *Andamios*, 34 (14), Universidad de Chile, 2018.
- Ferrajoli, Luigi, «El papel de la función judicial en el Estado de Derecho», en Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisprudencia y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, tomo I, Trotta, Madrid, 2011.
- Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, tomo II, Trotta, Madrid, 2011.
- Ferrajoli, Luigi, *Un debate sobre el constitucionalismo*, *Doxa* (Monográfico), N° 34, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Forst, Reiner, *Crítica y justificación. Perspectivas de una teoría crítica de la política* Katz, Buenos Aires, 2007/2015a.
- Forst, Reiner, *Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen*, Suhrkamp, Frankfurt, 2015b.
- Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, La piqueta, Madrid, 1979/1980.
- Foucault, Michel, «¿Qué es la Ilustración? [Qu'est-ce que les Lumières?]", *Actual*, 28, trad. Jorge Dávila, Mérida, 1994.
- Foucault, Michel, *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales*, vol. III, Paidós, Buenos Aires, 1999.
- Gardbaum, Stephen, Pildes, Richard, «Populism and Democratic Institutional design: Methods of Selecting Candidates for Chief Executive in the United States and Other Democracies», *The Jean Monnet working Paper* 5/17, 2017. Recuperado de <https://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/JMWP-05-Stephen-Gardbaum-and-Richard-H.-Pildes.pdf>
- Gargarella, Roberto, «El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo. Algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina», *Revista Sociedad*, (6), 1995, 1-17.
- Gargarella, Roberto, «El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The Themselves, de Larry Kramer», *112 Revista de libros*, de la Fundación Caja Madrid, 2006.
- Gargarella, Roberto, «Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El 'constitucionalismo popular' frente a la

- teoría de Carlos Nino», Alegre, Marcelo Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos F. (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Gargarella, Roberto, «La república deliberativa de José Luis Martí», *Diritto & Questioni pubbliche*, Nº 9, 2009, 257-266.
- Gargarella, Roberto, «Prólogo», en Nino, C.S., *Un país al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 4ª ed., 2011, pp. 7-10.
- Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución*, Katz, Buenos Aires, 2014.
- Gargarella, Roberto, «The place of the people in Criminal Law», artículo presentado en el Seminario de profesores del ITAM, México DF, 28 de enero de 2015.
- Garzón Valdés, Ernesto, «Dictatorship and punishment: a reply to Scanlon and Teitel», en *Deliberative democracy and Human Rights*, Yale University Press, 2007, pp. 291-300.
- Gaus, Daniel, «Discourse theory's sociological claim: Reconstructing the epistemic meaning of democracy as a deliberative system», *Philosophy and Social Criticism*, vol. 42(6), 2016, 503-525.
- Ginsburg, Tom, Huq, Aziz Z., *How to save a constitutional democracy*, Chicago University Press, Chicago and London, 2018.
- Graber, Mark A., Levinson, Sanford, Tushnet, Mark, «Constitutional Democracy in crisis? Introduction», en Graber, Levinson y Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Greppi, Andrea, *La democracia y su contrario*, Trotta, Madrid, 2012.
- Greppi, Andrea, «Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia», *Eunomía*, Nº 4, 2013, 42-72.
- Gutmann, Amy, «Democracia deliberativa y regla de la mayoría: una réplica a Waldron», en Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.

- Gutmann, Amy y Thompson, Dennis, *Democracy and Disagreement*, Harvard University Press, Harvard, 1996.
- Gutmann, Amy y Thompson, Dennis, «Democratic Disagreement», en Macedo, Stephen (ed.), *Deliberative Politics. Essays on 'Democracy and Disagreement'*, Oxford University Press, Nueva York, 1999, pp. 243-279.
- Gutmann, Amy y Thompson, Dennis, *Why deliberative democracy?*, Princeton University Press, Princeton, 2004.
- Habermas, Jürgen, «Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación», en *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. R. García Toledano, Barcelona, 1985.
- Habermas, Jürgen, *Sobre la relación entre política y moral*, Almagesto, Buenos Aires, 1986.
- Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalidad social*, Taurus, Madrid, 1987.
- Habermas, Jürgen, *Pensamiento postmetafísico*, Taurus, Madrid, 1990.
- Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt, 1994.
- Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid, 1997.
- Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge, 1998.
- Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona, 1999.
- Habermas, Jürgen, *Zeit der Übergänge*, Suhrkamp, Frankfurt, 2001.
- Habermas, Jürgen, *Verdad y justificación*, Trotta, Madrid, 2002.
- Habermas, Jürgen, «El Estado de Derecho Democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios?», en *Tiempo de Transiciones*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 139-161.

- Habermas, Jürgen, «Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa», *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana*, vol. 4, N° 10, 2005.
- Habermas, Jürgen, *Entre naturalismo y religión*, Paidós, Barcelona, 2006.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 4ª ed., 2008.
- Habermas, Jürgen, «Der demokratische Rechtsstaat. Eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?», en Habermas, J., *Philosophische Texte (Bd. 4: Politische Theorie)*, Suhrkamp, Frankfurt, 2009a, pp. 154-175.
- Habermas, Jürgen, «Hat die Demokratie noch eine epistemische Dimension? Empirische Forschung und normative Theorie», en Habermas, J., *Philosophische Texte (Bd. 4: Politische Theorie)*, 2009b, pp. 87-139.
- Hamlin, Alan, y Stemplowska, Zofia, «Theory, ideal theory and the theory of ideals», *Political Studies Review*, vol. 10, N° 1, 2012, pp. 48-62.
- Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire*, The Penguin Press, New York, 2014.
- Held, David, *Models of Democracy*, Polity, Cambridge, 3ª ed., 2006.
- Hon-Lan, Li, «Contractualism and punishment», *Criminal Justice Ethics*, 34:2, 2015, 177-209.
- Honderich, Red, *Punishment: The Supposed Justifications* (revised edition), Pluto Press, Ann Arbor, 2006.
- Honneth, Axel, «Crítica reconstructiva de la sociedad con salvedad genealógica. Sobre la idea de crítica en la Escuela de Frankfurt», en *Patologías de la razón*, Katz, Buenos Aires, 2007.
- Horkheimer, Max, «Traditionelle und kritische Theorie», *Zeitschrift für Sozialforschung*, 6, 1937, 245-294.
- Hurd, Heidi, «The Moral Magic of Consent», *Legal Theory*, vol. 2, N° 02, Cambridge University Press, 1996, 121-146.
- Iglesias Vila, Marisa, «¿Es realmente superfluo el derecho? Justicia política e insularidad del razonamiento jurídico», en Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Imbrisevic, Miroslav, «The Consent Solution to Punishment and the Explicit Denial Objection», *Theoria*, N° 68, 2010, 211-224.
- Issacharoff, Samuel, *Fragile Democracies*, Cambridge University Press, New York, 2015.
- Issacharoff, Samuel, «Safeguarding Democratic Institutions», *International Journal of Constitutional Law Blog*, April 2017. Recuperado de <http://www.icconnectblog.com/2017/04/safeguarding-democratic-institutions/>
- Issacharoff, Samuel, «Judicial Review in Troubled Times: Stabilizing Democracy in a Second Best World», *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, N° 18-51, 2018. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=3298966> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3298966>
- Kahane, David J. et al., *Deliberative Democracy in practice*, UBC Press, Columbia, 2010.
- Kant, Immanuel, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, traducción al inglés de Mary Gregor, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.
- Kahn, Paul, «Democracia y filosofía: una réplica a Stotzky y Waldron», en Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, UNAM, México DF, 2ª ed., 1982.
- Korsgaard, Christine, *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- Koselleck, Reinhart, *Sentido y repetición en la historia*, Hydra, Buenos Aires, 2013.

- Kymlicka, Will, *Contemporary political philosophy. An introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Lafont, Cristina, «Is the Ideal of Deliberative Democracy Coherent?», en Martí, J.-L., Besson, S. (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Ashgate, Londres, 2006, pp. 3-26.
- Lafont, Cristina, «Democracia y deliberación pública», en Arango, R., *Filosofía de la democracia*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, pp. 125-146.
- Lafont, Cristina, «Deliberation, Participation, and Democratic Legitimacy: Should Deliberative Mini-publics Shape Public Policy?», *The Journal of Political Philosophy*, vol. 23, Nº 1, 2015, 40-63.
- Landemore, Hélène, «Collective Wisdom *Old and New*», en Landemore, Hélène and Elster, Jon (eds.), *Collective Wisdom. Principles and Mechanisms*, Cambridge University Press, 2012a, pp.1-20.
- Landemore, Hélène, «Democratic Reason: The Mechanisms of Collective Intelligence in Politics», Landemore, Hélène and Elster, Jon (eds.), *Collective Wisdom. Principles and Mechanisms*, Cambridge University Press, 2012b, pp. 251-289.
- Lijphart, Arend, *Democracia en las sociedades plurales*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1989.
- Lovett, Frank, «Republicanism», 2010. Recuperado de <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/republicanism/>
- Malamud Goti, Jaime, «Carlos S. Nino y la justificación del castigo», *Controversias de derecho penal*, Programma, Nº 1, 2005, 89-106.
- Malamud Goti, Jaime, *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- Mangabeira Unger, Roberto, *La alternativa de la izquierda*, FCE, Buenos Aires, 2011.
- Manin, Bernard, «On legitimacy and political deliberation», *Political theory*, vol. 15, Nº 3, 1987, 338-368.
- Mansbridge, Jane, et al., «The Place of Self-Interest and the Role of Power in Deliberative Democracy», *The Journal of Political Philosophy*, vol. 18 (1), 2010, 64-100.
- Martí, José Luis, «La nozione di ideale regolativi: note preliminari per una teoria degli ideali regolativi nel diritto», *Ragion pratica*, Nº 2, 2005, 381-404.
- Martí, José Luis, *La República Deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006a.
- Martí, José Luis, «The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended», en Besson, S. y Martí, J.L. (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents. National and Post-National Challenges*, Ashgate, Londres, 2006b, pp. 1-32.
- Martí, José Luis, «Republicanism y Democracia: Principios básicos de una República Deliberativa», en Arango, R. (ed.), *Filosofía de la Democracia. Fundamentos Conceptuales*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, pp. 147-166.
- Martí, José Luis, «Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino», en Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Martí, José Luis, Besson, Samantha, *Deliberative Democracy and its Discontents*, Ashgate, Hampshire, 2006.
- Mateucci, Nicola, «Soberanía», en Bobbio, N., Mateucci, N., Pasquino, G. (eds.), *Diccionario de política*, tomo II, Siglo XXI editores, México, 1994, pp. 1483-1492.
- Michelman, Frank, «Review of Jurgen Habermas, Between Facts and Norms», *XCI Journal of Philosophy*, 307, 1996.
- Mill, John Stuart, *Ensayo sobre la libertad*, trad. M.A. Lavilla Navarro, Mestas Ediciones, Madrid, 2006.
- Mills, Charles W., «“Ideal theory” as ideology», *Hypatia*, 20(3), 2005, 165-183.

- Misak, Cheryl, «Truth and Democracy: Pragmatism and the Deliberative Virtues», en Geenens, Raf y Tinnevelt, Ronald (eds.), *Does Truth Matter? Democracy and Public Space*, Springer, New York, 2009, pp. 28-39.
- Moreso, Juan José, «El constructivismo ético y el dilema de Eutifrón», en *La Constitución. Modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 101-110.
- Moreso, Juan José, «El constructivismo ético y el dilema de Eutifrón», en Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos F. (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Morris, Charles, *Foundations of the Theory of Signs*, Chicago University Press, Chicago, 1938.
- Mouffe, Chantal, «Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism», *Political Science Series*, (72), 2000, 1-30.
- Mouffe, Chantal, *La paradoja democrática*, Gedisa, Barcelona, 2003.
- Mouffe, Chantal, *En torno a lo político*, FCE, Buenos Aires, 2007.
- Müller, Jan-Werner, *What is Populism?*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016.
- Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México: UNAM, 1974.
- Nino Carlos Santiago, *La legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico*, Editorial Astrea, 1982.
- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2ª ed. ampliada y revisada, 13ª reimp., 1980a.
- Nino, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980b.
- Nino, Carlos Santiago, «A Consensual Theory of Punishment», *Philosophy & Public Affairs*, vol. 12, Nº 4, 1983, 289-306.
- Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, UNAM, México, 1984.
- Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- Nino, Carlos Santiago, «Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas», *Doxa*, Nº 5, 1988, 87-105.
- Nino, Carlos Santiago, «La filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 4, 1989a.
- Nino, Carlos Santiago, *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989b.
- Nino, Carlos Santiago, «Sobre los derechos morales», *Doxa*, Nº 7, 1990.
- Nino, Carlos Santiago, «The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights put into Context: The Case of Argentina», *The Yale Law Journal*, vol. 100, Nº 8, 1991a, 2619-2640.
- Nino, Carlos Santiago, «Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad», *Cuadernos y debates*, Nº 29, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991b.
- Nino, Carlos Santiago, «Debate entre Carlos Nino y Eugenio Zaffaroni», *No hay derecho*, Vol. II, Nº 4, 1991c, pp. 4-8;
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992a/2002.
- Nino, Carlos Santiago, «A Philosophical Reconstruction of Judicial Review», *Cardozo Law Review*, Nº 14, 1992b, 799-846.
- Nino, Carlos Santiago, «Debate entre Carlos Nino y Eugenio Zaffaroni», *No hay derecho*, Vol. II, Nº 5, 1992c, pp. 5-8
- Nino, Carlos Santiago, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, ed. revisada 1998, 1993a.
- Nino, Carlos Santiago, «Derecho, moral, política», *Doxa*, Nº 14, 1993b, 35-46.
- Nino, Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*, Fontamara, México DF, 1993c.

- Nino, Carlos Santiago, "Debate entre Carlos Nino y Eugenio Zaffaroni", *No hay derecho*, Vol. III, N°8, 1993d, pp. 25-26.
- Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.
- Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 10ª ed., 2001.
- Nino, Carlos Santiago, «Réplica», *Controversias de derecho penal*, Programma, N° 1, 2005a, 61-67.
- Nino, Carlos Santiago, «La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y Ródenas», en Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política II: fundamentos del liberalismo político, derechos humanos y democracia deliberativa* (comp. por Gustavo Maurino), Gedisa, Buenos Aires, 2007a/2005b, pp. 208-217.
- Nino, Carlos Santiago, «Conferencia sobre derecho, moral y política», en *Derecho, Moral y Política*, Gedisa, Buenos Aires, 2007a.
- Nino, Carlos Santiago, «Libertad, igualdad y causalidad», en Maurino, Gustavo (ed.), *Derecho, moral y política II (Los escritos de Carlos S. Nino)*, Gedisa, Buenos Aires, 2007b, pp. 52-67.
- Nino, Carlos Santiago, «Autonomía y necesidades básicas», en Maurino, Gustavo (ed.), *Derecho, moral y política II (Los escritos de Carlos S. Nino)*, Gedisa, Buenos Aires, 2007c, pp. 99-110.
- Nino, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 4ª ed., 1993/2011.
- Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., 3ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1989/2012.
- Nino, Carlos Santiago, *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2013.

- Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1994/2014.
- Nino, Carlos Santiago, *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2ª ed., libro digital epub, edición para e-reader, 2017.
- Noguera, Albert, «What do we mean when we talk about 'Critical Constitutionalism'? Some Reflections on the New Latin American Constitutions», en Nolte, D. y Schilling-Vacaflo, A. (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Ashgate, London, 2012.
- Olivares, Nicolás Emanuel, «Democracia deliberativa: una justificación sustantiva mixta», *Revista de la Facultad*, vol. VI, N° 1, Nueva Serie II, 2015a, 151-176.
- Olivares, Nicolás Emanuel, «El constitucionalismo democrático desde una concepción democrática deliberativa», *Anuario del CIJS (UNC)*, 2015b, 121-138.
- Olivares, Nicolás Emanuel, «Paradoja democrática y república deliberativa», *Revista de la Facultad*, vol. VIII, N° 2, Nueva Serie II, 2017, 257-281.
- Olivares, Nicolás Emanuel, «Republicanism Deliberativo. Una respuesta crítica frente a las formas impolíticas libertaria y populista», *Revista Cuadernos del CENDES*, año 35, N° 98, 2018, en prensa.
- Oliveira, Martín, «El liberalismo de Carlos Nino, entre el perfeccionismo y el comunitarismo», *Análisis filosófico*, vol. XXXV, N° 1, 2015, 65-78.
- Oquendo, Ángel, «Deliberative Democracy in Habermas and Nino», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, N° 2, 2002, 189-226.
- Oquendo, Ángel, «Democracia deliberativa en Nino y Habermas», Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos, *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

- Ovejero Lucas, Félix, «Republicanismo: el lugar de la virtud», *Isegoría*, N° 33, 2005, 99-125.
- Ovejero Lucas, Félix, *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*, Katz Editores, Buenos Aires, 2008.
- Ovejero Lucas, Félix, «Democracia Ideal y Política Real», *Revista Claves de Razón Práctica*, N° 220, 2016, 26-40.
- Parkinson, John y Mansbridge, Jane (eds.), *Deliberative Systems*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- Parmigiani, Matías, *Alcances y limitaciones de la teoría consensual de la pena. Una revisión crítica de la justificación liberal del castigo*, Tesis Doctoral defendida en el mes de agosto, Facultad de Filosofía y Humanidades (Universidad Nacional de Córdoba), Córdoba, 2013.
- Parmigiani, Matías, «Liberalismo, sanción y reproche: una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino», *Isonomía*, N° 39, México, 2014.
- Parmigiani, Matías, «Is It Impossible to Will to Be Punished? Exploring a Consensual Way Out of the Kantian Dilemma», *Revista de Estudios Kantianos*, vol. 2, N° 1, Universitat de Valencia, 2017, 60-88.
- Peter, Fabienne, *Democratic Legitimacy*, Routledge, Nueva York, 2009.
- Peters, Bernhard, «Der Sin von Öffentlichkeit», en Peters, B., *Der Sin von Öffentlichkeit*, Suhrkamp, Frankfurt, 1994/2007.
- Pettit, Philip, «Freedom as Antipower», *Ethics*, 106, 1996, 576-604.
- Pettit, Philip, «Republican Theory and Criminal Punishment», *Utilitas*, vol. 9, Edimburg University Press, Edimburgo, 1997a.
- Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, Oxford, 1997b.
- Pettit, Philip, «Prisons, Politicians and Democracy», *Questioning Ireland: Debates in Political Philosophy and Public Policy*, Institute of Public Administration, Dublin, 2000, 155-69.
- Pettit, Philip, «Is Criminal Justice Politically feasible?», *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, N° 427, 2002.
- Pettit, Philip, «Freedom and Probability: A Comment on Goodin and Jackson», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 36, 2008, 206-220.
- Pettit, Philip, «Legitimacy and Justice in Republican Perspective», *Current Legal Problems*, vol. 65, 2012a, 59-82.
- Pettit, Philip, *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012b.
- Pettit, Philip, «Criminalization in Republican Theory», en AA.VV., *Criminalization: The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp.132-150.
- Pettit, Philip, *The Robust Demands of the Good*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Pinzani, Alessandro, «Gobierno de las leyes y/o gobierno de los ciudadanos. ¿Hay compatibilidad entre republicanismo y democracia liberal?», *Isegoría*, N° 33, 2005, 77-97.
- Pisarello, Gerardo, «El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década», *Sin Permiso*, vol. 1, N° 10, 2009.
- Posner, Robert, *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2004a.
- Posner, Robert, «Smooth sailing», *Legals Affairs*, N° 41, 2004b. Recuperado de [http://www.legalaffairs.org/issues/January-February-004/feature\\_posner\\_janfeb04.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/January-February-004/feature_posner_janfeb04.msp)
- Post, Robert, Siegel, Reva, «Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy», *California Law Review*, vol. 92, N° 4, 2004, 1027-1044.
- Prono, Santiago, «¿Por qué no más Apel? Análisis y consecuencias de algunas objeciones a su propuesta de la ética del discurso»,

- en Michellini, D., Maliandi, R., De Zan, J. (eds.), *Ética del discurso. Recepción y críticas desde América latina*, Ediciones del Icala, 2007, pp. 134-154.
- Prono, Santiago, «Democracia, conflicto y poder. Un abordaje conceptual desde la racionalidad discursiva», *Cuadernos filosóficos*, N° V, 2008, 31-58.
- Prono, Santiago, «Deliberative Demokratie. Einige Annäherungen an das Problem von Konsens vs. Konflikten», *Topologik. Rivista Internazionale di Scienze Filosofiche, Pedagogiche e Sociali*, N° 6, Pellegrini, 2009, 59-72.
- Prono, Santiago, «Democracia deliberativa. Reflexiones sobre los fundamentos filosóficos de la teoría y su contribución al estado democrático de derecho», en Barranco, G. (ed.), *Estado de derecho, institucionalidad y democracia*, Ediciones de la UNL, 2015, pp. 53-67.
- Prono, Santiago, «Presidencialismo. Un análisis crítico desde la democracia deliberativa», en Lariguet, G., Seleme, H., Pérez, P. (eds.), *Democracia. Perspectivas jurídicas, políticas y morales*, B de F, 2017, pp. 168-200.
- Rancière, Jacques, *El desacuerdo. Política y filosofía*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1996/2007.
- Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, trad. M.D. González, FCE, Madrid, 1978.
- Rawls, John «Kantian Constructivism in Moral Theory», *Journal of Philosophy*, 77, 1980, 515-575.
- Rawls, John, *Liberalismo político*, FCE, México DF, 1993/2006.
- Rawls, John, *Political Liberalism*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- Rawls, John, *A Theory of Justice* (ed. revisada), Harvard University Press, Cambridge, 1999a.
- Rawls, John, *The Law of Peoples. With The Idea Of Public Reason Revisited*, Oxford University Press, Oxford, 1999b.
- Rawls, John, «Justice as Fairness: Political not Metaphysical», en Rawls, J., *Collected Papers* (ed. Samuel Freeman), Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999c, pp. 388-414.
- Rawls, John, *Liberalismo político*, FCE, México, 2015.
- Raz, Joseph, «Reasons: Explanatory and Normative», en Sandis, Constantine (ed.), *New Essays on the Explanation of Action*, Palgrave Macmillan, New York, 2009, pp. 184-202.
- Rescher, Nicholas, *Ethical Idealism. An inquiry into the Nature and Function of Ideals*, University of California Press, Berkeley, 1987.
- Rivero, Ángel, «Republicanism y neo-republicanismo», *Isegoría*, N° 33, 2005, 5-17.
- Roberts, Kenneth, «Populism, Political Mobilizations, and Crisis of Political Representation», en De La Torre, Carlos (ed.), *The Promise and Perils of Populism: Global Perspectives*, University Press of Kentucky, Lexington, 2015.
- Ródenas, Ángeles, «Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos S. Nino», *Doxa*, N° 10, 1991.
- Rosanvallón, Pierre, *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Manantial, Buenos Aires, 2007.
- Rosanvallón, Pierre, *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Manantial, Buenos Aires, 2009.
- Rosanvallón, Pierre, *El buen gobierno*, Manantial, Buenos Aires, 2015.
- Rosenkrantz, Carlos, «La democracia: una crítica a su justificación epistémica», *Doxa*, N° 10, 1991.
- Rosler, Andrés, *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Katz, Buenos Aires, 2016.
- Rossi, Enzo, «Reality and imagination in political theory and practice: On Raymond Geuss's realism», *European Journal of Political Theory*, N° 9, vol. 4, 2010, 504-512.
- Rossi, Enzo y Sleat, Matt, «Realism in Normative Political Theory», *Philosophy Compass*, N° 9/10, 2014, 689-701.

- F., *Deliberative Freedom. Deliberative De-*  
*liberative Theory*, State University of New York  
Press, 2008.
- Rawls, Jacques, *Du contrat social ou Principes du Droit*  
de la Justice, Union Générale d'Éditions, Paris, 1762/1973.
- Reinhold, Stephen, «Debate: The co-originality of Private and  
Public Autonomy in Deliberative Democracy», *The Journal*  
*of Political Philosophy*, vol. 14, Nº 4, 2006, 469-481.
- Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, «Procedural Democra-  
cy, the Bulwark of Equal Liberty», *Political Theory*, 41 (3),  
2013, 441-481.
- Santos, Boaventura de Sousa, «Introducción: Para ampliar el can-  
on democrático», en Santos, Boaventura de Sousa, *Democra-  
tizar la democracia. Los caminos de la democracia participati-  
va*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, pp. 35-76.
- Scanlon, Thomas, *What We Owe to Each Other*, Harvard Univer-  
sity Press, Cambridge, Massachusetts, 1998.
- Scanlon, Thomas, «Punishment and the rule of law», in *The dif-  
ficulty of tolerance: Essays in Political Philosophy*, Cambridge  
University Press, Cambridge, 2003, pp. 219-233.
- Serrano Gómez, Enrique, *Consenso y conflicto. Schmitt y Arendt.*  
*La definición de lo político*, Universidad de Antioquia, Me-  
dellín, 2002.
- Shapiro, Ian, «Politics is about Interests and Power», en Macedo,  
Stephen, *Deliberative Politics*, 1999, pp. 28-38.
- Simmons, John A., «Ideal and Non-ideal theory», *Philosophy and*  
*Public Affairs*, vol. 38, Nº 1, 2010, 5-36.
- Sleat, Matt, «Bernard Williams and the Possibility of a Realist Po-  
litical Theory», *European Journal of Political Theory*, vol. 9,  
Nº 4, 2010, 485-503.
- Sleat, Matt, «Legitimacy in a Non-Ideal Key: A Critical Response  
to Andrew Mason», *Political Theory*, vol. 40, Nº 5, 2012,  
650-656.
- Sleat, Matt, *Liberal realism: A realist theory of liberal politics*, Ox-  
ford University Press, Oxford, 2013.
- Sleat, Matt, «Realism, Liberalism and Non-Ideal Theory or, Are  
There Two Ways to Do Realistic Political Theory?», *Political*  
*Studies*, vol. 64, Nº 1, 2016, 27-41.
- Smith, Michael, *El problema moral*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- Stemplowska, Zofia, «What's Ideal About Ideal Theory?», *Social*  
*Theory and Practice*, vol. 34, Nº 3, 2008, 319-340.
- Stemplowska, Zofia, y Swift, Adam, «Ideal and nonideal theory»,  
en *The Oxford Handbook of Political Philosophy*, 2012, pp.  
373-389.
- Talisse, Robert, *Democracy and Moral Conflict*, Cambridge Uni-  
versity Press, Cambridge, 2009.
- Taruffo, Michelle, «Consideraciones sobre prueba y motivación»,  
en Taruffo, M., Ibáñez, P., Pérez, A., *Consideraciones sobre la*  
*prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Ma-  
drid, 2009, pp. 17-46.
- Tessman, Lisa, «Idealizing Morality», *Hypatia*, vol. 25, Nº 4,  
2010, 707-824.
- Valentini, Laura, «On the Apparent Paradox of Ideal Theory»,  
*Journal of Political Philosophy*, 17(3), 2009, 332-355.
- Valentini, Laura, «Ideal vs. Non ideal Theory: A Conceptual  
Map», *Philosophy Compass*, vol. 7, Nº 9, 2012, 654-664.
- Velasco Arroyo, Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho Siste-  
ma Jurídico y democracia en Habermas*, Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Volk, Christian, «Towards a critical theory of the political: Han-  
nah Arendt on power and critique», *Philosophy and Social*  
*Criticism*, vol. 42, Nº 6, 2016, 549-575.
- Waldron, Jeremy, *Law and disagreement*, Oxford University  
Press, Oxford, 1999.

- Waldron, Jeremy, «Deliberación, desacuerdo y votación», en Hon-  
gu Koh, Harold y Slye, Ronald C. (comps.), *Democracia De-  
liberativa y Derechos Humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- Waldron, Jeremy, *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid,  
2005.
- Walzer, Michael, «Deliberation, and What Else?», en Macedo, S.  
*Deliberative Politics*, 1999, pp. 58-69.
- Watkins, Eric, y Fitzpatrick, William, «O'Neill and Korsgaard  
on the Construction of Normativity», *The Journal of Va-  
lue Inquiry*, N° 36, 2002, 349-367.
- Williams, Bernard, «Internal reasons and the obscurity of  
blame», en Williams, Bernard, *Making sense of humanity  
and other philosophical papers 1982-1993*, Cambridge Uni-  
versity Press, New York, 1995, pp. 35-45.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, «¿Vale la pena?», en *Controversias de  
derecho penal*, Programma, N° 1, 2005, pp. 41-59.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Ediar,  
Buenos Aires, 2009.
- Zilla, Claudia, «El acceso al poder, procesos electorales y partidos  
políticos» working-paper, *Ius Constitutionale Commune en  
América Latina y las Estructuras del Estado Conference*,  
Max Planck Institute, Heidelberg, December 6, 2016.

## SOBRE LOS/AS AUTORES/AS

### **Alles, Nicolás E.**

Licenciado en Filosofía por la Universidad Nacional del Litoral.  
Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional de La Plata. Ha  
sido becario doctoral y actualmente es becario posdoctoral del  
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Do-  
cente investigador en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la Universidad Nacional del Litoral. Sus áreas de investigación  
son la filosofía política y la ética contemporáneas. Ha publicado  
artículos en revistas especializadas de México, Brasil y Argentina.  
Contacto: nicolas.alles@gmail.com

### **Alterio, Ana Micaela**

Abogada (Universidad Nacional de Cuyo, Argentina). Maestra en  
Estudios Avanzados en Derechos Humanos (Universidad Carlos  
III de Madrid, España). Doctora en Estudios Avanzados en Dere-  
chos Humanos (Universidad Carlos III de Madrid, España). Pro-  
fesora Asociada en el Itam (Instituto Tecnológico Autónomo de  
México). Contacto: micaalterio@yahoo.com

### **Álvarez, Luciana**

Abogada (Universidad de Nacional de Cuyo). Doctora en Dere-  
cho con mención en Filosofía del Derecho (Universidad de Na-  
cional de Cuyo). Investigadora Adjunta de Conicet. Docente uni-  
versitaria en las cátedras de Filosofía del Derecho e Introducción

# DIALÉCTICAS NORMATIVAS

Un homenaje deliberativo  
a la obra filosófica de Carlos S. Nino

Nicolás Emanuel Olivares (Coordinador)

Roberto Gargarella  
Emanuel Olivares  
Luciana Álvarez  
Carlos Ignacio Giuffré  
Gonzalo Scivoletto  
Nicolás Alles

Ana Micaela Alterio  
Natalia Morales Cerda  
Santiago Prono  
Romina A. Frontalini Rekers  
Matías Parmigiani  
José Luis Martí



Universidad  
Nacional  
de Córdoba



Editorial  
universitaria  
de Buenos  
Aires

## EDITORIAL DE LA UNC

Directores:

Dr. Marcelo Bernal

Mgtr. José E. Ortega

Diseño de interior y portada: L. Díaz

Diagramación: Marco J. Lio

Edición: Mariú Biain

Coordinación editorial: Lorena Díaz

Universidad Nacional de Córdoba.  
Pabellón Argentina, Haya de la Torre s/n.  
Ciudad Universitaria. Córdoba.  
+54 0351 5353710 / 711  
[www.editorial.unc.edu.ar](http://www.editorial.unc.edu.ar)

## EUDEBA

Editorial Universitaria de Buenos Aires,  
Sociedad de Economía Mixta

Rivadavia 1573, CABA.  
[www.eudeba.com.ar](http://www.eudeba.com.ar)

---

Dialécticas normativas: un homenaje deliberativo a la obra filosófica de Carlos S. Nino / Roberto Gargarella... [et al.]; compilado por Nicolás Emanuel Olivares. - 1a ed. - Córdoba: Editorial de la UNC; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba, 2019. 384 p.; 21 x 15 cm.

ISBN 978-987-707-114-6

1. Estudios. 2. Análisis Jurídico. 3. Filosofía. I. Gargarella, Roberto. II. Olivares, Nicolás Emanuel, comp. CDD 340.11

---

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Impreso en Argentina.

Universidad Nacional de Córdoba,  
Eudeba, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Sociedad de Economía Mixta, 2019

## ÍNDICE

Agradecimientos	11
Prefacio. Carlos Nino: teoría jurídica y vida pública	13
Introducción	21
Capítulo 1. La teoría normativa reflexiva de C. S. Nino	29
Capítulo 2. Revisitando la dogmática jurídica más allá de Nino: límites y posibilidades para el conocimiento jurídico	81
Capítulo 3. Constructivismo ético: consideraciones sobre la conceptualización del discurso moral en Carlos Santiago Nino	103
Capítulo 4. La verdad moral y las razones para actuar. Aspectos motivacionales en la concepción epistémica de la democracia de Carlos Nino	135
Capítulo 5. Sobre el lugar del control judicial de constitucionalidad en las democracias actuales	167
Capítulo 6. Soberanía popular, poder, y crítica ciudadana. Una justificación (de parte) de los aportes republicanos de la democracia deliberativa al Estado de derecho	205
Capítulo 7. El giro republicano en la teoría democrática de C. S. Nino	241
Capítulo 8. Hacia una justificación republicana de la distribución del castigo: reflexiones sobre la teoría penal de C. S. Nino	283
Capítulo 9. La teoría consensual de la pena en la encrucijada	303

Postfacio. Carlos S. Nino, 25 años después	329
Conclusión	339
Bibliografía	355
Sobre los/as autores/as	379

A la memoria de C. S. Nino, querido y admirado maestro, por sus valiosas enseñanzas, a nuestros seres queridos en quienes nos refugiamos para perfeccionar nuestra humanidad, a aquellos colegas con quienes fraternal y habitualmente ejercitamos el arte de deliberar, a quienes ejercen a diario la apasionante tarea de investigar en un país aún ideliberativo.