

FUNDAMENTO DEL CASTIGO

Dr. Juan Gozález Bertomeu

ÍNDICE

PRIMERA PARTE

Capítulo I

Introducción.

La Justificación moral del castigo .

Capítulo II .

SEGUNDA PARTE

Capítulo I

I. Introducción.

II. Hacia una teoría comprensiva .

III. Hacia una teoría consecuencialista .

IV. Puntos a tener en cuenta para la elección del fin .

Capítulo II

Libertad .

Libertad como no dominación: características .

Capítulo III

Interpretando y ejecutando la teoría republicana

I. Interpretación.

Ejecución.

TERCERA PARTE

Conclusión .

Bibliografía .

PRIMERA PARTE

CAPITULO I

Introducción. La justificación moral del castigo.

El tema de la justificación moral del castigo (o, más sucintamente, el tema del castigo o de la pena) ha generado polémicas y controversias a lo largo de la historia, concitando el interés de filósofos y teóricos sociales.

Aceptada la necesidad del uso de la coacción por el Estado como herramienta de control social (justificación jurídico-política de la pena), tema que aquí no será analizado, surge entonces el problema del *fundamento moral* del castigo.¹ Pese a no ser otra cosa que un desmembramiento específico del tronco común constituido por el problema de la justificación moral de las acciones **en general**,² dicha cuestión posee un interés intrínseco: siendo el castigo un **mal** infligido al delincuente, resulta necesario justificar por qué éste resulta *moralmente correcto*, a diferencia del **mal** causado por el agente culpable. Como podrá desprenderse del desarrollo a efectuar a lo largo del presente trabajo, la respuesta que se dé a dicho interrogante se encuentra revestida de importantes consecuencias prácticas.

Puede señalarse que numerosas y muy diversas teorías y exposiciones han visto la luz con el transcurrir del tiempo. Dicho esto, sin embargo, hay que destacar que de su análisis (ya sea en sus planteos tradicionales como en otros más modernos), resulta que las mismas pueden, salvo contadas excepciones, ser encasilladas en dos posturas principales: la retribucionista y la utilitarista.³

Recientemente ha sido desarrollada una teoría normativa consecuencialista (ver nota anterior) que trasciende los límites del debate acerca del castigo, dado que centra su atención no ya en forma exclusiva sobre éste sino, más genéricamente, sobre la justicia criminal como un sistema integral; por ello, tal enfoque resulta comprensivo. Me estoy refiriendo, concretamente, a la teoría *republicana* publicada por John Braithwaite y

¹ En forma provisoria, puede señalarse que dicha cuestión gira en torno a los siguientes interrogantes: ¿por qué?, ¿cómo?, y ¿a quién? castigar.

² Conf. Rabossi, Eduardo A., *La Justificación Moral del Castigo*, Editorial Astrea, Bs. As., 1976.

Philip Pettit, profesores de derecho y de teoría política respectivamente, ambos de la Australian National University.⁴

La meta del presente trabajo consiste, pues, en exponer los lineamientos principales de dicha teoría, señalando los comentarios y las críticas que a mi entender la misma merece, análisis a efectuar en las partes segunda y tercera.⁵ Sin embargo, previo a ello, y con el fin de situar dentro de un contexto adecuado el desarrollo de dicho cometido, resulta necesario elaborar una síntesis, aunque mínima, del pensamiento teórico tradicional acerca del tema en discusión, tarea a realizar en el próximo capítulo.

CAPITULO II

Absteniéndome de efectuar un análisis histórico del pensamiento teórico filosófico-político acerca del castigo, puede señalarse que, no obstante la profusión de exposiciones y planteos, la *retribucionista* y la *utilitarista* constituyen las concepciones tradicionales en la materia.

Conforme a la primera de las teorías mencionadas, y sin perjuicio de la existencia de diversos matices puestos de relieve en la formulación de las distintas posturas, el castigo infligido a un individuo se encuentra moralmente justificado por el hecho de que dicho individuo **merece** ser castigado; por su parte, éste merece serlo cuando es **culpable** de haber cometido una **ofensa**. Constituye, en efecto, la respuesta al interrogante *¿por qué* castigar?¹ Resulta importante destacar, por su parte, que los teóricos retribucionistas hacen especial hincapié en la circunstancia de que los inocentes merecen *no* ser castigados².

Para la teoría retributiva, la pena o el castigo constituyen un mal impuesto al delincuente por el incumplimiento (culpable) del derecho, mal que, por encontrarse

³ Más adelante se verá que esta última categoría resulta una manifestación, junto a otras, de teorías consecuencialistas, las que jerarquizan las consecuencias futuras de las acciones por sobre la consideración de la pena como referencia a un hecho pasado.

⁴ Dicha teoría se encuentra expuesta, principalmente, en: John Braithwaite and Philip Pettit, *Not Just Deserts, A Republican Theory Of Criminal Justice*, Oxford University Press, 1990. La traducción de todos los fragmentos reproducidos en el presente trabajo me pertenece.

⁵ Salvo algunas excepciones, dicha empresa la llevaré a cabo, por una cuestión de claridad expositiva, observando fielmente el desarrollo lineal planteado en la obra antes mencionada.

¹ Conf. Rabossi, Eduardo A., ob. cit. Nótese que la teoría enfatiza la referencia a la *culpabilidad*, la que constituye un elemento central en su formulación.

desligado de consideraciones acerca de sus efectos, finalidades o consecuencias, constituye un valor intrínseco. Es por ello que dicho planteo es tributario de un pensamiento **deontológico**.³ La pena, entonces, mira hacia el pasado (*backward-looking*), tendiendo a reparar la infracción realizada.⁴

Reconociendo la existencia de diferencias entre las distintas exposiciones, podemos distinguir tres diferentes enfoques retribucionistas conforme a los límites que, formulados en forma de proposiciones, cada una acepta:

1. **Sólo** debe castigarse a aquellos individuos encontrados **culpables** de un crimen.
2. **Cualquier** individuo encontrado **culpable** de un crimen debe ser castigado por ello.
3. El castigo **no debe ser** de un **grado mayor** al crimen cometido y a la culpabilidad del criminal.
4. El castigo **no debe ser** de un **grado menor** al crimen cometido y a la culpabilidad del criminal.

Así, puede sostenerse que son retribucionistas *negativos* aquéllos que aceptan los límites 1 y 3; *positivos* aquellos que lo hacen con los límites 2 y 4, y *absolutos* los que sostienen los cuatro⁵. Mientras que para los primeros la preocupación principal es *no* castigar en forma *desmedida* ni castigar a personas *inocentes*, para los segundos aquélla gira en torno a la *necesidad* de castigar a *todas* las personas *culpables*, a un nivel que resulte *consustancial* a la falta cometida.⁶

La posición retribucionista tradicional se encuentra (obviamente) representada por el pensamiento de Kant, para quien *“el castigo judicial nunca puede ser aplicado como*

² Según el Diccionario de la Real Academia Española, el castigo es la *“pena que se impone a quien ha cometido un delito o una falta”*. Para algunos pensadores, el concepto resulta connatural a la idea de culpabilidad (en general, cuando alguna teoría justifica el “castigo” a un inocente, lo denomina de otra forma).

³ Siguiendo a R. Brandt, citado en Rabossi, ob. cit., puede decirse que *“las teorías deontológicas...sostienen en común la tesis de que las obligaciones morales dependen de otras consideraciones relativas a la situación de cada uno, distintas del valor intrínseco de los resultados reales o previsibles del acto de que se trata...A veces, los deontólogos sostienen que la naturaleza de un acto...constituye un hecho importante para que exista la obligación moral de realizarlo u omitirlo.”*

⁴ Expresada por la siguiente máxima formulada por Protágoras, recogida por Grotius: *“nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur”*.

⁵ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 34-35.

un mero medio para promover otro bien, sea respecto del criminal mismo o de la sociedad civil, sino que en todos los casos tiene que ser aplicado al criminal únicamente porque ha cometido un delito. Pues el hombre nunca debe ser tratado meramente como medio para las intenciones de otro...la ley penal es un imperativo categórico, y desdichado el que se arrastra por el tortuoso camino del eudemonismo, en busca de algo que, por la ventaja que promete, desligue al culpable, en todo o en parte, de la pena, conforme al farisaico principio electivo: es mejor que muera un hombre que todo el pueblo. Cuando perece la justicia, no tiene sentido que vivan los hombres sobre la tierra.”⁷

Como ejemplos de pensadores retribucionistas podemos citar, además del autor antes visto, a F. Hegel –clásico-⁸ y a J.D. Mabbott, a C. W. K. Mundle, a von Hirsch y a Robert Nozick –contemporáneos- (no obstante, los dos últimos adhieren a lo que la doctrina denomina *nuevo retribucionismo*, grupo de teorías deontológicas que incorporan elementos teleológicos).

Por su lado, la concepción utilitarista, como teoría consecuencialista que es, parte del punto de considerar moralmente inadmisibles el castigo infligido a un individuo sobre la exclusiva base de haber cometido un delito. Para ella, el castigo es un mal en sí mismo, mal que no puede causarse a alguien por la sola referencia a un hecho pasado, desprovisto de consideraciones hacia el futuro.

El utilitarismo sostiene que la *corrección moral* de las acciones debe ser juzgada en virtud de la *maximización* de sus *consecuencias intrínsecamente valiosas* (por la contribución que realiza al aumento de la felicidad humana o a la disminución del sufrimiento). Para sus sostenedores, el **principio de utilidad** otorga la base o el criterio de lo moralmente correcto o incorrecto. Ejemplos de autores clásicos tributarios de dicha teoría son Joseph Bentham, John Austin y John Stuart Mill.⁹ Según el primero, *“el castigo es un daño en sí mismo malo. De acuerdo con el principio de utilidad, si ha de admitirse el castigo, sólo habrá de serlo en tanto y en cuanto asegure la exclusión de algún mal*

⁶ El análisis de la diferencia entre estas formulaciones será efectuado en la segunda parte, cuando sean confrontadas con la teoría republicana.

⁷ Kant, Immanuel, *Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres*, Bs. As., Eudeba, 1998, Libro II.

⁸ Para este autor, la pena realiza una especie de *demonstración*, una *negación* de la pretendida *negación* del derecho efectuada por el criminal, una anulación del daño causado tendiente al restablecimiento del orden jurídico violado previamente.

⁹ Sin embargo, dentro del pensamiento utilitarista hay que distinguir entre el *utilitarismo de actos* (o utilitarismo extremo), para el que las reglas morales son meros índices para la acción, simples guías que sugieren caminos por seguir sin constreñir a la realización de un acto si otro se revela como más útil o más valioso, y el *utilitarismo de reglas*, de acuerdo con el cual los preceptos (vigentes o ideales) imponen cierta obligación moral a los individuos.

*mayor... En consecuencia, está claro que en los siguientes casos no debe infligirse castigo: 1) cuando carece de fundamento...2) cuando va a ser ineficaz...3) cuando es improductivo o demasiado costoso...4) cuando es innecesario.”*¹⁰

Paralelamente a la concepción utilitarista, se han propuesto otras versiones tributarias de un pensamiento consecuencialista o teleológico. Así, por ejemplo, la *teoría prevencionista*, para la cual el bien perseguido no está constituido por la **felicidad** (como en el utilitarismo de Bentham, por ejemplo) sino por el fin más restringido de la **prevención del delito**, o aquéllas (derivadas del prevencionismo) que tienden a la **rehabilitación del delincuente** o a su **incapacitación** (cabe destacar que, aún dentro de la concepción utilitarista, se han ensayado variantes con respecto a los fines).

Resta señalar, para finalizar esta modesta reseña, que el consecuencialismo focaliza su atención en el futuro (*forward-looking*), pareciendo ser, a primera vista, la respuesta al interrogante *¿para qué castigar?*. Sin embargo, merece destacarse que, aunque para las teorías que analizamos el interés último radica en las metas o los fines del castigo, ello no quiere decir que las mismas se encuentren desprovistas de ciertas obligaciones o límites. Ello tiene como fundamento la circunstancia de que dichas restricciones son necesarias para que las respectivas teorías tengan asidero lógico; en definitiva, para que las mismas sean creíbles.¹¹

SEGUNDA PARTE

CAPITULO I

I. Introducción

¹⁰ Citado en Rabossi, ob. cit., pg. 90.

¹¹ John Braithwaite y Philip Pettit, ob. cit., pg. 32, según los cuales ninguna persona puede sentirse atraída hacia un sistema en el que los agentes se encuentren en un estado de libertad absoluta, sin ningún tipo de restricción.

Comúnmente se utiliza, al hacer referencia al tema de la justificación moral del castigo, las expresiones “*teorías de la pena*” o “*teorías del castigo*”. Y es que, tradicionalmente, el debate a lo largo de la historia de la *criminología* se ha circunscripto al análisis de ellas, sin atender a otras áreas del sistema de justicia criminal.¹

Sin embargo, la teoría que analizo intenta trascender dicho estrecho ámbito en procura de una justificación comprensiva de dicho sistema, entendiendo por ella un *balance integrado acerca de lo que debe hacerse por el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo en lo atinente a las principales cuestiones suscitadas por su funcionamiento*.² Posteriormente se verán los fundamentos de dicho enfoque.

La consecuencia más relevante que se deriva de la modificación del área de estudio resulta del quiebre o ruptura con la presunción plurisecular de que el castigo constituye la forma más idónea de tratar con el delito. Esto así, se desprende de la opinión de los autores de la teoría en examen que el hecho de que la población vea al castigo como un **mal necesario** más que como un **bien en sí mismo** resulta un dato sumamente positivo. La construcción teórica debe estar diseñada de forma tal que haga posible brindar una respuesta adecuada a las conductas dañosas, respuesta que (sólo) *ocasionalmente* va a implicar un castigo.

Las consideraciones esbozadas precedentemente se encuentran elocuentemente expuestas por los autores: “*una sociedad que se siente moralmente cómoda enviando a miles de jóvenes aterrorizados a instituciones en las que son abusados, violados y brutalizados, y en las que su libertad de expresión y de movimiento, así como su dignidad humana son negadas, tiene un muy dudoso compromiso con la libertad*.”³

A la par de dicho enfoque comprensivo, y haciéndose cargo de las fundadas críticas realizadas al pensamiento utilitarista (provenientes, en su mayoría, de autores retribucionistas), la teoría republicana ofrece un acercamiento consecuencialista alternativo e innovador.

El resurgimiento del retribucionismo (*nuevo retribucionismo*), especialmente a partir de la década del '70 del presente siglo, luego de un largo período de letargo, se debió, en gran medida, al estrepitoso fracaso de los planteos prevencionistas centrados

¹ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pg. 1.

² Sistema que, a su vez, se encuentra dividido en los siguientes sub-sistemas: legislación, policía, acusación (fiscal), juzgamiento (dictado de sentencia) y penitenciario, entre otros.

³ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pg. 6.

en los postulados de la *incapacitación* y la *rehabilitación*, puesto en evidencia a raíz de la publicación de diversas investigaciones que dieron cuenta de la ineficacia de los programas de *reeducción* de delincuentes (sin mencionar, por otra parte, la existencia de las informales “*escuelas de criminales*” formadas en el seno mismo de los establecimientos penitenciarios, en donde los convictos aprenden nuevas técnicas delictivas).

Por su parte, el énfasis puesto en la *incapacitación* del delincuente, e incluso en la *disuasión* o *prevención* (general o particular) tampoco resultó una salida plausible, ya que, por una parte, existe evidencia en el sentido de la imposibilidad de detener a la cantidad de criminales necesaria para garantizar una reducción *sustancial* del crimen, y, por otra, aún de ser ello posible su costo excedería las posibilidades presupuestarias de cualquier país.⁴

El enfoque planteado por la teoría republicana, entonces, haciéndose eco de los legítimos embates lanzados por los pensadores retribucionistas (los que como respuesta a estos excesos plantearon la necesidad de un castigo inexcusable, ineludible, proporcionado a las faltas cometidas), tiende a sortear las dificultades suscitadas por las exposiciones consecuencialistas tradicionales, ofreciendo, para sus autores, una opción aún superior al retribucionismo.

II. Hacia una teoría comprensiva

Anteriormente se hizo una breve mención de lo que un enfoque comprensivo implica (ver la nota² correspondiente al capítulo primero). Para los autores, una teoría *comprensiva* del sistema de justicia criminal debe ocuparse de dar respuesta a los interrogantes planteados en el seno de éste en forma **completa, coherente y sistemática**.⁵

⁴ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pg. 3. Sumado a ello, cabe destacar que el prevencionismo ha dado lugar al dictado de condenas indeterminadas, puestas en ejecución mediante detenciones extendidas indefinidamente bajo el pretexto de “*rehabilitar*” a los convictos hasta que éstos dejen de constituir un peligro para la sociedad. En honor a la brevedad, prefiero evitar aquí explayarme sobre estos puntos que resultan hartos conocidos.

⁵ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pg. 15. Resulta oportuno señalar aquí que el término *teoría comprensiva* fue utilizado recientemente por el filósofo John Rawls para referirse a teorías *completas* de justicia, es decir, aquellas que se hicieran cargo de los problemas de *justicia estricta* y de *lo bueno*. Este autor intentó justamente construir una teoría *no comprensiva*, sin interesarse por dar respuesta a todas las cuestiones planteadas con relación a los temas de justicia. Ver John Rawls, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1978, pgs. 24 y sgts.

Una teoría comprensiva sobre la justicia criminal resulta **completa** si es susceptible de contestar adecuadamente todas las cuestiones suscitadas por su funcionamiento (o, al menos, las más importantes, que luego se verán). Es **coherente** si las respuestas dadas son congruentes entre sí, guardando cohesión; por último, es **sistemática** si aquéllas están diseñadas de manera tal que puedan trabajar mancomunadamente, de forma que el conjunto de respuestas como un todo sea superior a cada una de ellas consideradas individualmente.

Siguiendo la opinión de los autores, la necesidad de construir una teoría comprensiva antes que una individual, desarticulada o parcial se basa en una cuestión fundamental: dado que la interdependencia de las áreas que componen el sistema de justicia criminal se encuentra suficientemente probada, un enfoque concentrado exclusivamente en uno de los sub-sistemas (por ej., policía) sin analizar el sistema como un todo o incluso las otras áreas corre el riesgo de resultar **ineficiente** y **contraproducente**. En primer lugar, ineficiente, ya que una excesiva atención sobre uno de los sub-sistemas sin contemplar el funcionamiento de los otros, podría provocar que los arreglos o medidas dispuestos en aquél resulten estériles, pues que tal vez ellos hubieran sido implementados en forma más eficiente en otro sub-sistema.

Por otra parte, contraproducente, toda vez que un cambio puesto en práctica en un sub-sistema sin analizar las implicancias que el mismo puede tener en el funcionamiento de los otros o del sistema como un todo podría llegar a producir un efecto desestabilizador (en virtud de traer aparejado una serie de derivaciones no previstas en otros sub-sistemas).⁶

Lo dicho anteriormente no significa que, al desarrollar la teoría, no pueda hacerse hincapié en una de las partes del sistema, focalizando la atención sobre ella; por el contrario, dicha aproximación va a resultar con frecuencia necesaria. Sin embargo, el teórico social debe estar alerta a los desfases que puedan producirse en otros sectores y no debe perder de vista el nexo genérico que enlaza a todos ellos.

Otra arista importante que merece destacarse gira en torno al tema de la *discrecionalidad*. Los teóricos retribucionistas, naturalmente, se muestran unánimemente

⁶ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit. pg. 17. Un ejemplo de dicha conexión lo proporcionan los mismos autores: *“lo que los legisladores legislan y penalizan resulta afectado por sus expectativas en relación a los agentes en los otros sub-sistemas: sus expectativas, por ejemplo, de que la policía va a ser capaz de identificar a quienes violen la ley dictada, y que los fiscales van a ser capaces, a su vez, de formular una*

reacios a la existencia de un marco que permita un desigual tratamiento de los comportamientos (crímenes) análogos, toda vez que abogan por la aplicación de un castigo tasado, conforme al cual el mismo daño requiere el mismo reproche. Dichos pensadores, lógicamente, resaltan la importancia del dictado de sentencias determinadas.⁷

Asumida la existencia de un sistema con algún grado de discrecionalidad, es factible que una limitación de ésta en una rama de aquél pueda llegar a aumentar la correspondiente a otro sector. Así, por ejemplo, según los autores, un coto impuesto sobre el poder de decisión de los jueces, impidiéndoles tratar desigualmente casos similares (eliminando con esto el poder de creatividad que dichos funcionarios pueden ejercer en consideración a diversas circunstancias), puede arrojar, como consecuencia, un aumento en la discrecionalidad de los fiscales, quienes sí podrían negociar penas, o incluso de la policía, la que de hecho puede seleccionar los casos a investigar.

Lo dicho anteriormente refuerza la hipótesis de que un cambio en una parte del sistema puede arrojar resultados desestabilizadores en otra. En este caso, como si se tratara de un fenómeno de la naturaleza, la introducción de una medida sobre un sector de un todo altamente conectado, es susceptible de producir reajustes en otro a fin de restablecer el *equilibrio preexistente*.

Por lo visto, entonces, a la vez que constituye una ventajosa proposición metodológica, este enfoque comprensivo reviste para los autores una mayor dificultad de análisis en relación a los planteos tradicionales que se centraran exclusivamente en un solo sector del sistema de justicia criminal (los retribucionistas, por ejemplo, lo hicieron con el área del *dictado de sentencia*).

A continuación, siguiendo a los autores, se enuncian las **diez principales cuestiones** que una teoría comprensiva del sistema de justicia criminal debería estar en condiciones de responder:⁸

1) ¿Qué clases de comportamientos deben ser penados por el sistema?

acusación contra ellos. Lo que la policía investiga es fruto de lo que dicho cuerpo piensa acerca de lo que los fiscales harán ... y de lo que los jueces sentenciarán ..."

⁷ Se consideran *determinadas* aquellas sentencias cuyas consecuencias y obligaciones se encuentran precisamente definidas y limitadas, sin posibilidad de reinterpretaciones.

⁸ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 12-15. Debo advertir, aun cuando resulte obvio, que la enumeración siguiente se efectúa con abstracción de las reglas vigentes en los distintos sistemas de justicia criminal. Por ello, algunos de los puntos pueden resultar absurdos si se confrontan con nuestra legislación.

¿Deben ser los comportamientos que constituyen los más grandes males de la sociedad aquellos criminalizados? ¿Debemos penalizar conductas dañosas de las que no resultan víctimas (por ej., el consumo de drogas), delitos consentidos por la víctima (por ej., el tráfico de drogas) y delitos injuriantes⁹ (por ej., las exhibiciones obscenas)? ¿Debe el sistema requerir siempre intención o al menos conocimiento para que un acto constituya un delito?

2) ¿Qué tipos de sentencias deben ser dictadas por el sistema?

¿Deben existir formas de castigo prohibidas (por ej., pena de muerte)? ¿Deben existir penas máximas y mínimas que los jueces deban reconocer al sentenciar? ¿En qué medida los precedentes jurisprudenciales deben ser obligatorios al sentenciar?

3) ¿Cómo deben ser asignados los recursos al sistema, dentro de éste y de los distintos sub-sistemas (por ej., policía)?

¿Debe el sistema de justicia criminal recibir más recursos por parte del gobierno? ¿Debe la policía recibir parte de los recursos tradicionalmente asignados al sistema penitenciario (destinados a mejorar las condiciones de vida en prisión)? Dentro del sub-sistema policial, ¿bajo qué premisas debe la policía decidir, por ejemplo, si gasta más en rodados para patrullar que en entrenamiento de su personal?

4) ¿Qué clase y qué intensidad de vigilancia deben ser toleradas?

¿Es admisible la interceptación de teléfonos?; en su caso, ¿con relación a qué clase de sospechosos? ¿Cómo debe el sistema obrar para que la policía logre un justo equilibrio entre las necesidades comprensibles de proteger las libertades civiles y de prevenir el crimen? ¿Hasta qué punto debe el sistema poseer el monopolio del poder de vigilancia, no permitiendo la cesión de éste (en alguna medida) a ciertas estructuras no gubernamentales?

⁹ Utilizo aquí esta expresión para traducir lo que para el derecho anglosajón en general son *crimes of offence*, es decir, crímenes contra los abusos del lenguaje, la vagancia y las exposiciones obscenas (las que, en

5) ¿Qué casos deben ser seleccionados para dirigir una investigación criminal y cómo debe ser ésta conducida?

¿Debe la policía ser meramente “reactiva” en relación con las denuncias formuladas o, por el contrario, debe tener un rol de inteligencia más activo en la detección e investigación de delitos y de criminales? ¿Es plausible la existencia de un espacio para la formación de comisiones de investigación en ciertas áreas determinadas, diseñadas para apoyar y fiscalizar a la policía?

6) ¿Qué casos deben ser escogidos para una acusación fiscal (para su enjuiciamiento)?¹⁰

¿Debe existir un marco procedimental, una guía acerca de los casos que los fiscales deben llevar o no a juicio? En su caso, ¿qué consideraciones debe el fiscal tomar en cuenta al decidir cómo ejercer su cuota de discrecionalidad?

7) ¿Cómo y sobre qué base deben ser tomadas las decisiones previas al juicio (acerca de la negociación de la pena, la detención del procesado, el régimen de fianzas, de inmunidades, etc.)?

¿Debe permitirse la práctica de la negociación de penas (de una más a otra menos severa)? ¿Debe obligarse a los sospechosos a contestar preguntas, aún si ellas son auto-incriminatorias? ¿Qué clases de sospechosos deben ser detenidos hasta el momento del juicio? ¿Deben introducirse otras alternativas al simple castigo mediante la pena?

8) ¿Qué tipo de organización procedimental debe existir para el dictado de sentencias?

nuestro Código Penal, se encuentran incluidas dentro del capítulo correspondiente a los delitos contra la honestidad), entre otros comportamientos.

¹⁰ Como se ve, los autores dan por sentada la existencia de un sistema en el que la acción penal se encuentra en manos del ministerio público fiscal, a la manera de la justicia criminal anglosajona (y como recientemente se consagrara en la Provincia de Buenos Aires a través de la reforma del procedimiento penal respectivo).

¿Deben existir los juicios por jurados?; en su caso, ¿deben limitarse ellos al juzgamiento de los delitos más importantes? ¿Qué reglas de evidencia deben ser observadas? ¿Debe el procedimiento ser inquisitivo o acusatorio? ¿Qué tipos de defensas deben existir contra los distintos cargos? ¿Qué procedimiento recursivo debe ser aplicado?

9) Dentro de un ámbito de discrecionalidad, ¿qué tipo de sentencias deben los jueces dictar a aquellos individuos encontrados culpables?

¿Deben los jueces ser influenciados por consideraciones acerca de la *retribución*, la *rehabilitación*, la *disuasión*, la *incapacitación* y la *educación moral* del delincuente al dictar sentencia? ¿Es erróneo que los jueces permitan a veces que el encontrado culpable no sea castigado? ¿Cuándo debe un juez aplicar una multa en vez de condenar a un delincuente a reclusión? ¿Qué tipo de compensación, si es que alguna, debe ser reconocida a las víctimas?

10) ¿Cómo debe ser administrada la condena por la autoridad penitenciaria y por los jueces (en relación, por ejemplo, a la libertad condicional)?

¿Deben las prisiones ser administradas para maximizar la *rehabilitación*, o deben ellas ser tan poco placenteras como sea posible para promover la *disuasión* o la *prevención*? ¿O deben ser sólo establecimientos decentes y seguros? ¿Deben las decisiones posteriores a la sentencia (libertad condicional, remisión de sentencia por buen comportamiento, indulto, en su caso la amnistía) ser prohibidas por atentar contra la integridad de las decisiones judiciales? ¿Deben los prisioneros ser liberados si demuestran su rehabilitación aún antes del cumplimiento de la condena?

Por mi parte, estimo acertada la variante ensayada por la teoría republicana tendiente a la formulación de un planteo estructurado. Como sostienen los autores, el sistema de justicia criminal opera como un órgano cuyas partes deben ser articuladas en forma armónica si no se quiere que las modificaciones adoptadas en un campo produzcan grietas en otro y que en última instancia repercutan en el sistema como un todo coherente, originando una tensión insostenible.

Considero que las grietas de las que hablo no resultan en absoluto ajenas a la realidad de nuestro país, en el que las decisiones atinentes al sistema de justicia criminal son, con asiduidad, producto de prácticas *improvisadas* por los gobernantes de turno (ora marcando un rumbo determinado de política criminal mediante la introducción de ciertos instrumentos, ora modificando el recorrido a medio camino, dejando al sistema a la deriva). En este sentido, huelgan los ejemplos.

Asimismo, entiendo que, actualmente, la teoría criminal debería considerar la posibilidad de ampliar su objeto de estudio, sumando al análisis sistemático de las materias característicamente propias de él (dictado de sentencia y policía, v.g.) el de otras tradicionalmente ajenas pero de vital importancia a la hora de elaborar un proyecto viable (por ejemplo, el tema de la asignación de recursos al sistema, o, mucho más importante, el de la reeducación o la educación moral de los delincuentes). De otra forma, se corre el riesgo de tornar fútil todo intento de aproximación a la problemática examinada.

Más adelante, al analizar los aspectos empíricos de la teoría, retomaré los lineamientos esbozados.

III. Hacia una teoría consecuencialista

En la primera parte del presente trabajo se mencionaron, en forma embrionaria, las principales vertientes de pensamiento relativas a la justificación moral del castigo y de las acciones en general; esto es, el enfoque *consecuencialista (teleológico)* y el *deontológico*. Para el primero, las líneas más significativas de las acciones se derivan de sus *consecuencias valiosas*. Para el segundo, contrariamente, deben tenerse en cuenta otras consideraciones *intrínsecas a la acción*, ajenas a un resultado o valor producido por aquella.¹¹

Por ello, una teoría consecuencialista sobre la justicia criminal va a precisar, ineludiblemente, un *fin* determinado para su exposición, mientras que una deontológica va a necesitar una *obligación*, un *principio* o un *límite* (o un conjunto de ellos) nítidamente definidos. La diferencia entre los distintos enfoques, entonces, no va a estar dada por el *valor* que ellas escojan, sino, en cambio, por el papel que aquél vaya a jugar en su

¹¹ Conf. Rabossi, Eduardo A., ob. cit., pg. 29.

formulación (en un caso, como un *fin* a promover, en otro como una *obligación* a respetar), pudiendo incluso ambas teorías adoptar el mismo.

Conforme a dichos lineamientos puede decirse, siguiendo a los autores de la teoría analizada, que la mejor manera de distinguir *fin*es y *límites* es mediante un ejemplo. Así, el valor seleccionado define un *fin* si se requiere que el agente lo **promueva** mediante su accionar, con el propósito de maximizarlo (felicidad, utilidad, justicia, verdad o el que fuere). Al contrario, define una *obligación* si el agente debe escoger una opción que **ejemplifique** ese valor en forma significativa (no ser la causa de la infelicidad de alguien, decir toda la verdad, no ofender a la justicia, comportarse correctamente, etc.).¹²

Para un pensamiento deontológico, como vimos, las consecuencias de las acciones no resultan relevantes, toda vez que se reconozcan y respeten las obligaciones impuestas. Sin embargo, puede ocurrir que la fiel observancia de todas aquellas limitaciones (por ejemplo, del respeto de todos los derechos de los imputados) traiga como resultado una mengua del valor tutelado (en el ejemplo anterior, que los jueces sean más reacios a juzgar o los fiscales a acusar, implicando que un menor número de delincuentes obtenga su merecido castigo). De todos modos, puesto que el fin del sistema está dado por la satisfacción de aquellos límites mediante su ejemplificación (y no a través de su maximización), dicha disminución no va a preocupar al retribucionista.

A pesar de lo visto, resulta poco frecuente que este planteo retribucionista extremo aparezca desarrollado hasta sus últimas consecuencias. Con relativa asiduidad, sus adherentes apelan a la necesidad de incorporar ciertos *fin*es como complementarios a sus enfoques (por ejemplo, restablecer el balance de “*beneficios y cargas*” –Sadurski- o de “*premios y castigos*” -von Hirsch-).

La crítica formulada por la teoría republicana que analizo, a estas exposiciones radica en su imposibilidad de crear un enfoque **comprensivo**, en su falta de aptitud para dar respuesta en forma *completa*, *coherente* y *sistemática* a los interrogantes planteados (vistos anteriormente).¹³ Para *Braithwaite* y *Pettit*, ellas van a necesitar, inexorablemente, suplementar sus obligaciones o valores intrínsecos con un plan o esquema acerca de lo que el sistema en su conjunto debe aspirar a lograr.

Por ello, para estos autores, una razón de **simplicidad** sugiere que el criterio a adoptar sea *consecuencialista*. De otro modo se correría el riesgo de que la fiel

¹² John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pg. 27.

¹³ Sostuve anteriormente que los planteos retribucionistas se concentraron, tradicionalmente, en el sub-sistema del dictado de sentencias.

observancia de los *límites* impuestos sea *contradictoria* con el logro o la promoción del *bien* escogido (o viceversa). Sumado a ello, cabe destacar otra dificultad práctica a la que se enfrenta una orientación que pretenda ser *deontológica*: al cumplir obedientemente con los límites impuestos, aún cuando con su acción *no se promuevan* los valores en juego, el agente se aleja de un obrar *racional* (entendido como aquél mediante el cual un individuo promueve la obtención de una propiedad o de un valor beneficioso). Como resultado, existirían dos teorías distintas, dentro del mismo planteo deontológico: una relativa al **comportamiento moral (irracional)** y otra en lo atinente al **accionar no moral (racional)**, ya que la noción de racionalidad aplicada a éste no puede ser llevada a aquél.¹⁴

Sin embargo, como resultará del punto a examinar seguidamente, así como algunas teorías retribucionistas contienen cierta dosis de eclecticismo, en virtud de la adopción de valores como fines a promover a la par del respeto por los principios sostenidos (nuevo retribucionismo o retribucionismo teleológico), dicho acercamiento también se observa en varios planteos consecuencialistas, los que, a la vez que privilegian la consecución de determinadas metas, reconocen la importancia de la existencia y el respeto de ciertos límites. Pienso que la teoría republicana (junto quizás con el utilitarismo de reglas) es un claro ejemplo de ello.

IV. Puntos a tener en cuenta para la elección del fin.

La selección del *fin* más adecuado debe efectuarse, según los autores, haciendo discurrir a los posibles candidatos por el cedazo constituido por los **tres postulados (desideratum)** que aquellos deben satisfacer.

En primer lugar, la *meta* elegida debe ser ***incontrovertible*** dentro de lo que ellos denominan “*comunidades relevantes*”, entendiendo por tales las democracias al estilo occidental del mundo contemporáneo. Por ello, la misma debe ser de naturaleza tal que pueda ser considerada, dentro de dichas sociedades, como *directriz* del sistema de justicia criminal.

¹⁴ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 36-39.

Por su parte, el fin escogido debe generar una **asignación estable de los derechos incontrovertibles** dentro de esas “*comunidades relevantes*” (derecho al debido proceso –*due process*-, derecho del inocente a no ser castigado, etc.). El enfoque estudiado pone especial énfasis no solamente en la cuestión de que el sistema recoja o *consagre* aquéllos derechos, sino también en la necesidad de que su adjudicación sea *estable*, lo que se logra si ella dota a los agentes de una razón para tomar dichos derechos en serio.¹⁵

Considero que, si bien se analiza, un planteo semejante conlleva ciertos contornos retribucionistas, en virtud de la relevancia otorgada al respeto de los derechos consagrados por el sistema, respeto éste que en ocasiones tiene aún preeminencia por sobre la promoción de la meta elegida.

Con ello, los autores pretender tomar distancia de las teorías utilitaristas tradicionales (al menos, del utilitarismo de actos, que produce una distribución totalmente **inestable**; ver nota ⁹ en la primera parte del presente trabajo), para las que el respeto a las reglas establecidas se justifica **sólo** en caso de que aquél sea un medio para promover la felicidad o utilidad. En sus propias palabras, una teoría consecuencialista sólo puede resultar atractiva si contempla una “*distribución que no sea altamente vulnerable en presencia de agentes celosos que se identifican (demasiado) con el fin general*”.¹⁶

Por último, el reparto de derechos debe ser **saciable**. Aún cuando el sistema asigne eficientemente un conjunto (incontrovertible) de derechos a fin de proteger a los agentes de excesos y transgresiones por parte de otros individuos, el mismo puede ir en contra de las consideraciones morales de los integrantes de las *comunidades relevantes* si no genera un mecanismo por medio del cual se garantice que no se infrinjan ciertos *límites incontrovertibles* (que protegen tanto intereses *individuales* como derechos *no directamente individuales*).

¹⁵ Un fin determinado brinda una razón para tomar los derechos en serio si éstos tienen un ámbito propio, una fuerza moral autónoma en virtud de la cual los agentes pueden obrar en forma genérica, prescindiendo de consideraciones acerca de su promoción u optimización en cada caso.

¹⁶ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pg. 44.

¹⁷ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pg. 45.

Para los autores, el fin seleccionado debe ser susceptible de motivar una demanda al sistema que sea *medurable* y *saciable*; debe garantizar una moderación tal que impida una voracidad que lleve el ejercicio de los poderes a límites intolerables (v.g., poniendo un policía en cada esquina, castigando en forma demasiado severa o llevando a juicio a cada individuo del que se sospeche vagamente, sean dichos ítems acordes o no a los derechos individuales consagrados). Un sistema semejante no podría funcionar sin generar un alto grado de *disconformidad*.¹⁷

Dos son, como señalé anteriormente, los planteos consecuencialistas tradicionalmente más defendidos en el campo de la fundamentación del castigo. En efecto, ha habido, por una parte, una serie de teorías **prevencionistas** centradas en la meta de la *reducción del crimen* o de la *rehabilitación* del delincuente y, por otra, un grupo de enfoques **utilitaristas** basados en su postulado de la *maximización de la felicidad o utilidad* de aquellos afectados por el sistema de justicia criminal. Sin embargo, ninguno de estos fines satisface a los autores, quienes los desechan por no cumplir con los postulados expuestos.

Comenzando por el **utilitarismo**, la crítica formulada radica en el hecho de que no existe (al menos, en los trabajos de los autores clásicamente embanderados en esta postura) un grado de compromiso con una *asignación estable de derechos incontrovertibles*, pues, como vimos antes, para dicho enfoque puede resultar perfectamente posible que para promover la *maximización de la felicidad* sea necesario *violar* aquellos (por ej., castigando a un inocente, ataque que tradicionalmente el retribucionismo efectuara a esta teoría).

En su análisis del utilitarismo clásico, John Rawls sostiene que, para dicha escuela, *“una sociedad está correctamente ordenada cuando sus instituciones maximizan el balance neto de satisfacción, de igual manera que cuando lo hacen sus individuos individualmente”*.¹⁸ Tal como lo sostienen los autores de la teoría analizada, pienso que un planteo tal, despojado de consideraciones acerca del respeto a los límites impuestos, puede traer aparejada la posibilidad del cercenamiento de los derechos de ciertos agentes minoritarios o *“menos importantes”* del sistema, con total olvido de la individualidad e

independencia de las personas, tal como rezara la célebre sentencia de Kant (ver *supra*).¹⁹

De todos modos, sin llegar a este punto, es probable que el sistema provoque una demanda *insaciable y desmesurada*, aún sin afectar el principio de felicidad.²⁰

El **prevencionismo** tampoco complace a los autores en la búsqueda del *fin* adecuado para su teoría. Para ellos, su objeto tiende a ser *extremadamente desestabilizador e imposible de saciar*. Si el fin versa sobre la posibilidad de prevenir el crimen (por medio de la incapacitación o rehabilitación del delincuente, o de la disuasión o prevención general), nada asegura que no pueda castigarse a un inocente, violando con esto derechos incontrovertibles. Por añadidura, dicho propósito resulta imposible de realizar en forma acabada, como así ha sido reiteradamente demostrado, sumándose en su faz práctica el riesgo de quebrar límites indiscutidos (ver nota ⁴ en esta segunda parte).

Por último, es dable mencionar que la teoría examinada analiza los *fin* esbozados por aquellos enfoques **retribucionistas** que incorporan elementos **teleológicos**, mencionados anteriormente, los que, por enfrentarse con los obstáculos vistos (pgs. 10 y 11), no podrían ser *tomados en serio* por los agentes.

Reseñados los motivos que fundamentan la elección de una aproximación **comprensiva y consecuencialista** y el apartamiento de las metas o fines clásicos, en lo sucesivo me centraré en la *identificación* y el *análisis* del *objeto promovido* por la teoría republicana, para lo cual será necesario tomar momentáneamente cierta distancia del tema de fondo (sistema de justicia criminal) y efectuar algunas consideraciones preliminares relacionadas con el pensamiento político-filosófico.

CAPITULO II

¹⁸ John Rawls, ob. cit., pg. 45.

¹⁹ Conf. Nino, Carlos Santiago, La Constitución de la Democracia Deliberativa, gedisa editorial, 1997, pg. 107-109. Podría suceder que para una cierta mayoría la optimización del bien se logre matando o esclavizando a una cierta minoría.

²⁰ El ejemplo dado por los autores es el de la aplicación de un castigo cruel y excesivo, oculto mediante la administración al condenado de una droga que le produzca un constante estado de euforia. De todos modos, habría en este caso que revisar los por demás ambiguos conceptos de "*felicidad*" y "*utilidad*", tarea que excede el marco del presente trabajo.

Libertad

Comenzaré este apartado adelantando que la teoría que analizo puede inscribirse dentro de un pensamiento *republicano* centrado en el valor constituido por la **libertad**. Sin embargo, ésta puede ser entendida de dos (o más, como se verá) formas diferentes.

Antiguamente se esbozó la distinción, clásica en nuestros días, entre libertad *negativa* y libertad *positiva*. La primera, según Isaiah Berlin, implica la “*ausencia de interferencia, entendiendo por ésta una intervención más o menos intencional, ejemplificada no solamente por la coerción física que conlleva un secuestro o un encarcelamiento, sino también por la coerción de una amenaza creíble*”. Esta libertad, asociada generalmente con el *pensamiento liberal clásico*, requiere, para ser gozada, de la ausencia de obstáculos externos para la elección individual; es decir, la *no interferencia* de otros agentes.¹ Como se observa, constituye una visión eminentemente *atomista* de la sociedad, donde la libertad (asocial) se encuentra constantemente comprometida por la presencia de otros agentes.

Según el autor recién mencionado, la tradición republicana se identifica con esta concepción de la libertad.

La libertad *positiva*, por su parte, necesita para su desarrollo un elemento más, representado por la actividad del agente tendiente a lograr un *control* o *dominio de sí mismo*. Conlleva, pues, un aditamento que lo distingue del simple estado de soledad requerido por la concepción negativa tradicional, que puede desarrollarse en diferentes variantes, desde el ejercicio político (participando en decisiones democráticas) a la ausencia de inhabilidad física o incapacidad psicológica (autonomía). De cualquier modo, se ha puesto de resalto que, pese a ser susceptible de una interpretación auspiciosa, el ejercicio de esta libertad implica un peligro latente representado, entre otros supuestos, por la posibilidad de la supresión de la individualidad de un agente por la asimilación a un ente distinto, “*mayor*” (posiblemente el Estado o aún la idea de “*espíritu nacional*”). Por ello es que ciertos autores asocian esta noción a pensamientos totalitarios.

¹ Esta libertad negativa puede ser mejor ilustrada mediante el siguiente párrafo de Hobbes (*Leviatán*): “*es un hombre libre quien en aquellas cosas de que es capaz por su fuerza y por su ingenio, no está obstaculizado para hacer lo que desea*”.

Sin embargo, en una obra escrita por uno de los autores de la teoría que analizo se sugiere la posibilidad de una **tercera variante** del concepto de **libertad**,² que comparte un elemento sustancial con la concepción negativa (el resalto puesto en la *ausencia*), y otro con la positiva (el elemento de *dominio*): la libertad como **no dominación (dominion)**, distinta de la *no interferencia*.

Si bien posee en común con la idea positiva el elemento indicado, la *libertad como no dominación* no hace en absoluto hincapié en la existencia de ese poder o capacidad de auto-dominio. Sólo resalta la necesidad de *reducir la dominación* por parte de otros agentes.

Resulta necesario también destacar la **diferencia**, mucho menos evidente que en el caso anterior, existente entre la **interferencia** y la **dominación**; ambas pueden existir individualmente sin la concurrencia de la otra. El autor pone de resalto esta divergencia mediante el ejemplo de la relación *amo-esclavo*; mientras lo más usual va a ser que el primero interfiera en el marco de acción del segundo, puede darse el caso en que ello no suceda; sin embargo, en tal supuesto la dominación seguiría existiendo, en virtud de la capacidad real del amo –ejercitada o no- de *interferir* en forma *arbitraria* en la vida del esclavo (el caso de interferencia sin dominación será visto más adelante).

Vemos, pues, la gran distancia que separa a las dos concepciones negativas. Mientras que una –*libertad como no interferencia*– se centra en la necesidad de la ausencia absoluta de comunicación entre los agentes, sublimada en el estado de *total soledad*, la otra –*libertad como no dominación*– acepta y se apoya en la existencia de interferencia entre los agentes, siempre que ésta *no* sea *arbitraria*. En efecto, la libertad como no dominación debe ser pensada no ya en un ámbito asocial, sino *en un contexto en el que los individuos miembros de la sociedad interactúan*.

Conforme a lo sostenido por el autor, aquellos que adhieren a la primera noción se centran en la *cantidad* de elecciones disponibles, impliquen o no estados de dominación, mientras que los partidarios de la segunda focalizan su interés en la *calidad* de ellas, en la necesidad de contar con elecciones carentes de dominación, aunque esto signifique en definitiva la ausencia total de opciones. Para esta última idea, entonces, un **individuo es libre si no está sujeto a una interferencia arbitraria. En cambio, no lo es si, pese a contar con ciertas elecciones, otros pueden interferir a su antojo.**^{2 bis}

² Philip Pettit, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

Según la opinión de pensadores como el citado Isaiah Berlin o Benjamin Constant, el trabajo de los más salientes exponentes republicanos, como **Maquiavelo, Paine, Montesquieu y Hamilton** (así como los otros autores de *El Federalista*), puede insertarse dentro de la concepción negativa (asocial) de la libertad. Así, por ejemplo, para el primero, “*el beneficio de vivir libremente significa para una persona poder disfrutar de sus posesiones sin ansiedad, consiste en el hecho de no sentir temor por el honor de su familia ni de sí mismo*”.² ^{ter} Según Montesquieu, “*la libertad política de un ciudadano es aquella tranquilidad de espíritu que se deriva de la opinión que cada uno tiene de su propia seguridad, y con el objetivo de asegurarla el gobierno deber ser tal que un ciudadano no deba temer a otro ciudadano*.”³

Las ideas reseñadas derivan de la concepción romana de la *libertas*, dotada de elementos negativos tendientes a la protección y seguridad de los habitantes.⁴

Sin embargo, para dichos autores la idea de *participación o representación popular* no es consustancial a la de *libertad*, la que se logra de un mejor modo en un estado de *no interferencia*. La importancia de la democracia para estos pensadores se deriva de la circunstancia de que ella constituye un medio para promocionar la libertad.

Contrariamente a lo aceptado generalmente, Pettit sostiene que, si bien en el seno del pensamiento republicano tradicional se encuentra arraigada una concepción negativa de la libertad, aquél ha sido guiado *no* por la idea de libertad como *ausencia de interferencia sino* por la de libertad como *no dominación*. Esta representación, como se explicó, valora y sostiene la necesidad de interacción o interferencia de los agentes en la sociedad, interferencia que no conlleva una pérdida de libertad en tanto y en cuanto no represente una estructura de dominación; esto se ve reflejado en el tipo de instituciones que la concepción fomenta, que luego mencionaré.

Para demostrar dicha hipótesis, el autor encuentra necesario explorar en los orígenes de la tradición republicana y en las derivaciones a que ellos dieron lugar. Para Roma, lo contrario al *liber* (persona libre), identificado con la idea del disfrute de la

² bis ibídem, pg. 25.

² ter ibídem, pg. 29.

³ Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, barón de, *Del Espíritu de las Leyes*, Editorial Tecnos, 1995, pg.107.

⁴ Se cita aquí el caso de los colonizados –*cives sine suffragio*–, que gozaban de la libertad aún sin estar capacitados para votar y ejercer demás derechos políticos. Los romanos que contaban con éstos disfrutaban de la *libertas* (libertad) o *civitas* (ciudadanía).

libertad, era el *servus* (esclavo), persona dominada por antonomasia. Por ello, para el autor, dentro de aquélla la *libertad* se opuso siempre a la *dominación*.

Incluso aquellos pensadores que característicamente fueron designados como adherentes a la idea de *no interferencia* pueden ser, bien analizados, catalogados dentro de la concepción de la *no dominación*.⁵ Esto, según Pettit, se puede ver claramente en la actitud adoptada en relación con la existencia y el fundamento del derecho, que muy sumariamente mencionaré.⁶

Aún a riesgo de ser repetitivo, cabe reiterar que para la teoría republicana reviste primordial importancia el principio de *ciudadanía*, la que se logra mediante un adecuado sistema jurídico que respete y consagre la libertad de las personas contra los ataques de otras.

Mientras que se deriva naturalmente del principio de *no interferencia* que la ley es una **herramienta opresiva** para restringir la *libertad*, para la idea (republicana) de *no dominación* la ley no es sino un **medio para crear, promover y asegurar** dicha *libertad*, mediante el reconocimiento a los individuos de una protección *igualitaria*. Resulta por demás evidente que donde existe una construcción jurídica va a haber interferencia (*intersubjetiva*, al decir del profesor Cossio); sin embargo, ésta puede naturalmente no constituir una forma de dominación.

Dejando de lado a Thomas Hobbes, cuyo pensamiento ha sido materia de arduas polémicas acerca de su posición con relación a este tema (si bien, en un primer análisis, es dable ubicarlo dentro de los partidarios de la oposición a la existencia simultánea de libertad y leyes), para John Locke “*el fin de la ley no es abolir la libertad, sino preservarla y promoverla ... ya que en todos los estados constituidos por seres humanos capaces de*

⁵ Analizar, por ej., el siguiente pasaje de Maquiavello, contenido en la obra citada en la nota ¹, referido a los beneficios de los pueblos que viven en libertad: “*ellos los obtienen debido a que su población es más grande, desde que los matrimonios son más libres y más atractivos para las personas, y ellos tienen tantos niños como quieren, sin temor de que su patrimonio les sea quitado. El hombre sabe no solamente que aquéllos han nacido libres y no sujetos a esclavitud sino también que por medio de sus habilidades ellos podrán llegar a ser hombres prominentes ... Lo opuesto a esto sucede en aquéllos países en donde viven como esclavos.*”

⁶ En este tema ver también Rawls, John, ob. cit., pgs. 270 y sgts.: “*el gobierno de la ley está obviamente unido a la libertad ... un sistema jurídico es un orden coercitivo de normas públicas dirigidas a personas racionales con el propósito de regular su conducta y asegurar el marco de trabajo para la cooperación social. Cuando estas normas son justas, establecen una base para las legítimas expectativas. Estas normas constituyen bases mediante las que las personas confían unas en otras y ejercen sus derechos cuando sus expectativas no se cumplen.*”

elaborar leyes, donde no existe la ley no existe libertad".⁷ También puede citarse a Montesquieu, para quien *"la libertad no se encuentra más que en los Estados moderados, ... cuando no se abusa del poder ... Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder ... la libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten"*. Luego, refiriéndose a la organización política inglesa, sostiene que allí la libertad *"está establecida por las leyes"*.⁸

Cabe señalar que, a diferencia del pensamiento clásico republicano, la **libertad como no dominación** parte de la consideración igualitaria de los seres humanos, lo que la convierte en un **ideal político universal**.

Por su parte, pensadores como Bentham y Paley hacen especial hincapié en la circunstancia de que la ley *impide* el disfrute de la libertad. Para éstos (en el caso del primero, al menos inicialmente), la libertad implica la *ausencia de toda coerción*, de toda interferencia.⁹

Para el autor, la **moderna teoría liberal** se acerca también a esta última concepción, citando como exponentes a Rawls, Berlin y Constant.

Libertad como no dominación: características

Resulta importante, para el ulterior desarrollo a efectuar en este trabajo, señalar los rasgos más destacados de la concepción de la libertad propuesta por el autor que aquí analizo.

Sostuve anteriormente que la noción de **libertad como no dominación** (nótese que, en lo sucesivo, al referirme a ésta lo haré mediante las siglas **n.d.**) presupone la idea de interferencia entre los agentes de una sociedad, siempre que ésta no sea arbitraria y discrecional. Pues bien, es tiempo ahora de analizar los elementos que se derivan de su definición.

⁷ Philip Pettit, ob. cit., pg. 40.

⁸ Montesquieu, ob. cit., pgs. 105-108.

⁹ Véase, asimismo, el siguiente pasaje de John Stuart Mill, citado en Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, editorial Planeta-Agostini, 1993: *"libertad en su sentido originario significa libertad de restricción. En este sentido, toda ley y toda norma moral es contraria a la libertad"*.

Para Philipp Pettit, **un agente (o los que sean) domina a otro si y sólo si tiene un cierto poder sobre éste, en particular un poder de interferencia en una base arbitraria.**

Existen *tres elementos o aspectos* a observar en cualquier relación de dominación. Alguien tiene un poder de dominio sobre otro si:

1. tiene la capacidad de interferir

2. sobre una base arbitraria

3. en ciertas opciones que el otro está en condiciones de elegir

Cuando se habla de *interferencia*, se hace referencia a aquellas acciones que, lejos de mejorar el poder de elección del agente, lo **disminuyen**, no pudiendo ser accidentales (pues requieren algún grado de voluntariedad). Se incluye aquí la *coerción física*, la *violencia psíquica* o la *manipulación* de los *deseos o creencias* del agente involucrado (cuyas consecuencias resultan más o menos dañosas). La capacidad debe ser *real, actual*, aún cuando no sea ejercida en forma continua. Por su parte, no interesa aquí si en su inicio la relación fue voluntaria o consentida. Toda vez que se den los tres elementos dicha dominación va a existir.¹⁰

Asimismo, dependiendo del contexto, esta interferencia puede estar a veces constituida por una omisión (así, por ejemplo, el caso del único médico del pueblo que se niega arbitrariamente a atender a un paciente).

Por su lado, por *base arbitraria* debe entenderse aquella acción sujeta en forma exclusiva a la *discreción, designio o arbitrio* del agente. Cabe destacar, asimismo, que el campo de restricción de las elecciones de éste puede ser *más amplio o más restringido* (el ejemplo extremo es la hoy inusual relación *amo-esclavo*) y, a su vez, en áreas *mas o menos importantes o vitales*.¹¹

Como se ve, el poder de dominación es *interactivo*, pues requiere la presencia de dos o más agentes (en sus respectivos roles de víctima y victimario o dominador).

El autor sostiene que, mientras que la concurrencia de los elementos reseñados es de por sí suficiente para la existencia de dominación, queda todavía por destacar un aspecto que es susceptible de tomar forma en muchas de las relaciones analizadas. Este

¹⁰ Philip Pettit, ob. cit., pg. 53.

es el *conocimiento público* (no necesariamente su reprobación) que de esa dominación (del cumplimiento de los tres elementos señalados) tienen las personas involucradas y aquéllas cercanas a ella.¹²

Este conocimiento, que parte del hecho notorio y detectable para las partes y frecuentemente también para terceros constituido por la dominación de una persona por otra (con excepción de ciertas formas ocultas, donde el agente sometido es incapaz de reconocer tal dominación), reviste para la teoría gran importancia. Es así que, para el autor, la dominación generalmente envuelve una *conciencia de control* de parte del poderoso, de *vulnerabilidad* de parte del débil, y de *mutuo conocimiento* de parte de ambos acerca de la situación del otro. La víctima de un delito, por ejemplo, puede llegar a sentir una impotencia y un temor tal que la hagan considerarse disminuida como persona, incapaz de observarse con respecto al otro en una relación de igualdad (marcando una notoria asimetría con relación al agente agresor y a los demás -esto se aplica también a cualquier otra relación de dominación-).

Recíprocamente, ese *conocimiento público* debe estar presente en un agente para que pueda gozar debidamente de la **n.d.**, aún cuando no aparezca ninguno de los elementos mencionados (ya que podría encontrarse en una situación que lo haga *suponer* erróneamente que se encuentra sujeto a cierto grado de dominación, a una invasión arbitraria, cuando ello no es así), y en los otros agentes de la comunidad, ya que ese conocimiento de la existencia de la **n.d.** de aquél (y de que éste es consciente de ello) va a reforzarla.

Señalé anteriormente que las leyes son instrumentos creadores de libertad, ya que, a la par que promueven ciertas interferencias (sin constituir por ello una dominación *per se*), evitan otras más perniciosas, inhibiendo a potenciales dominadores. Sin embargo, este razonamiento se aplica sólo a aquellas normas cuyo contenido *no sea arbitrario*, ya que, de no ser así (de darse la concurrencia de los tres elementos estudiados), estaríamos en presencia de una *herramienta de dominación* (por ejemplo, una ley que faculte a la policía para investigar en forma discriminatoria a ciertos grupos) por parte del Estado.

Esta disquisición sirve, entonces, para reforzar el argumento de que el Estado es la organización más idónea para promover la **n.d.**, ya que ésta constituye un valor que los agentes no pueden obtener satisfactoriamente en forma individual y descentralizada. De

¹² ibídem, pgs. 54-55.

otro modo, se corre el riesgo de que el intento de los agentes por obtener la **n.d.** pueda generar grandes dosis de dominación (en virtud de las desigualdades entre los individuos existentes en el seno de la sociedad, las que pueden llevar a una guerra de “*todos contra todos*”, usando las palabras de Hobbes, para quien “*el hombre es el lobo del hombre*”).

Este es el fundamento para la elección, en orden a alcanzar un *óptimo* nivel de **n.d.**, de lo que el autor denomina “*provisión constitucional*”, esto es, una autoridad estatal que limite las posibilidades de los agentes de ejercer dominación mediante un cercenamiento de algunas de las opciones disponibles. En su opinión, si bien esta limitación va a traer aparejadas ciertas desventajas, las mismas no pueden parangonarse con las perspectivas más serias derivadas de la opción de auto-promoción recién vista.¹³

Retomando ahora el análisis de la obra inicialmente mencionada (ver nota⁴ en el *capítulo primero* de la *primera parte* del presente trabajo), puede sostenerse que **un agente goza de n.d. si y sólo si se encuentra libre, al elegir ciertas opciones, de las limitaciones impuestas por las acciones intencionales y reprensibles de otros**. Esas opciones son aquéllas que un agente normal **es capaz de realizar en condiciones normales sin la especial colaboración de otros**.

Mencioné anteriormente los elementos que deben conjugarse para que se configure una relación de dominación. Para la existencia de **n.d.** son necesarios, a su vez, otros *tres elementos*, uno de los cuales ya ha sido adelantado:¹⁴

1. que la persona respectiva goce de una perspectiva de libertad *no menor* que aquella disponible para otras.

2. que lo precedentemente indicado sea materia de conocimiento público, tanto en la esfera de la persona involucrada como en la de otros individuos en la sociedad (originándose una suerte de *círculo virtuoso*, en donde la persona sabe que los otros saben, éstos saben que la persona sabe, otros saben que éstos saben, etc.).

3. que la persona respectiva goce de una perspectiva de libertad *no menor* que la *máxima* perspectiva compatible para todos los ciudadanos.

¹² ibídem, pg. 58-61.

¹³ Dejo por el momento sin analizar el tema de las instituciones que la **n.d.** promueve, puesto que más adelante, al hablar en concreto del sistema de justicia criminal, me centraré en él.

¹⁴ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 64 y sgts.

Es necesario aclarar que la *igualdad* estipulada en el primer punto *no* debe ser tomada como un valor *inflexible*. Lejos de ello, ésta debe configurarse en igualdad (o similitud) de circunstancias. Por otra parte, la tercera cláusula sugiere un criterio *cuantitativo*, por medio del cual debe preferirse, entre dos perspectivas idénticamente igualitarias, la que prometa un *mayor grado* de libertad.

Para los autores, entonces, el bien **n.d.** debe promoverse mediante el **desarrollo de tres pasos ordenados**:

En primer lugar, debe crearse tanta *igualdad* en las perspectivas de libertad como sea posible en una sociedad. Una vez lograda esta igualdad, se debe proceder a asegurar que estas perspectivas sean materia de *conocimiento público*.

Por último, en línea con los puntos anteriormente mencionados, deben *maximizarse* las perspectivas de libertad disponibles, en forma consistente con el grado de igualdad y el conocimiento público alcanzados.

Señalé anteriormente que, según los autores, la plausibilidad de un bien o fin eventual debía determinarse mediante el *test* representado por los postulados de la *incontestabilidad*, la *estabilidad* y la *medida*. Para ellos, como explicaré seguidamente, la **n.d.** puede superar dicha prueba en forma satisfactoria.

No obstante, antes de ello y aún a riesgo de resultar repetitivo, pongo nuevamente de resalto que, para la teoría republicana examinada, la penalización *no* siempre resulta la mejor manera de tratar con una conducta dañosa.

1. Un postulado incontrovertible

Los delitos producen una importante invasión de la **n.d.** Asesinato, hurto, robo, fraude, secuestro, violación; todos ellos implican un **mal** infligido a la víctima, una severa restricción de su libertad (ocasionando un daño que en ciertos casos puede provocar, a su vez, la pérdida de la vida, la salud o la felicidad).

Sin embargo, para los autores, no toda conducta que disminuya la **n.d.** debe ser criminalizada, en virtud de que la penalización puede a veces causar más daño que el que intenta prevenir.

A lo largo de la presente exposición se podrá ver (a veces con relativa facilidad) que la clave en este tema se encuentra frecuentemente representada por la figura de una *balanza*, en cuyos platillos se deben sopesar las diferentes alternativas. Si el bien a

realizar está constituido por la libertad de las personas (**n.d.**), guiado por el ideal de *minimizar* tanto como sea posible la invasión de ella, entonces, pues, debe considerarse, al momento de tomar una decisión presuntamente tendiente a su promoción, si este valor puede resultar cercenado en mayor medida con su ejecución.

Por lo expuesto, para los autores resulta bastante claro que la meta seleccionada se muestra más o menos *incontrovertible*, pues tiende a la disminución del nivel de interferencia indeseable.

2. Un postulado estable.

Mencioné anteriormente el significado que para la teoría analizada tiene este postulado (ver *supra*). Para sus sostenedores, en concordancia con (lo que ellos sostienen constituyen) los dictados de la tradición republicana, resulta necesario que ciertos *derechos* (incontrovertibles) sean *asignados* correctamente a los individuos, obrando como límites legales a la acción del Estado. De otra manera, para ellos, no podría válidamente sostenerse que la ley es un medio para crear y asegurar el disfrute de la libertad.

El Estado, de esta forma, no puede desconocer tales restricciones, ni siquiera bajo la excusa de que tal proceder es el adecuado para promover en mejor grado la **n.d.**¹⁵

Los autores reconocen como incontrovertibles, entre otros, el derecho al *debido proceso* –due process– y el del *inocente a no ser castigado* (en relación a otros derechos, la elección es más contingente, dependiendo de su grado de probabilidad de maximizar la **n.d.** general). Para ellos, la meta escogida resulta susceptible de suscitar el *respeto* de tales derechos por parte de los agentes involucrados, confiriéndole a esa distribución la *estabilidad* que para ello requiere. El fundamento esgrimido por los expositores para sustentar este aserto radica en que si el Estado (tanto como cualquier agente comprometido con esta causa) se encuentra identificado con el fin de la promoción de la **n.d.** va a velar, necesariamente, para que los derechos reconocidos sean *debidamente protegidos*.¹⁶

¹⁵ Nótese, aquí, la gran brecha que separa a este planteo de una aproximación utilitarista (en especial de un utilitarismo de actos), y, por su parte, las importantes connotaciones retribucionistas que dicho planteo implica. De hecho, como explicaré seguidamente, la promoción del fin seleccionado va a requerir, a veces, el apartamiento de su fiel observancia. Esto aleja a la teoría analizada, en cierta medida, de un consecuencialismo extremo.

¹⁶ El razonamiento es sencillo: si los individuos temen que el Estado va a violar sus derechos toda vez que lo considere necesario para la promoción de **n.d.**, la libertad de aquéllos no va a poder desarrollarse en toda su

Un punto relevante en el planteo está constituido por la opinión, que luego ampliaré, de que la **n.d.** dota de *razones suficientes* a los agentes del sistema de justicia criminal para que dichos derechos sean *tomados en serio* (al policía que investiga un caso, al fiscal que debe preparar una acusación, al juez que está por sentenciar, al administrador de los establecimientos carcelarios).

Por su parte, en relación a los derechos a consagrar, un mérito de la teoría analizada es que, no obstante su enfoque orientado al **futuro** con miras a la consecución del objeto (*forward-looking*), no pierde de vista cierta consideración hacia el **pasado** (*backward-looking*). Esto se ve reflejado en la importancia asignada al derecho de la víctima de un delito a ser escuchada de *igual manera* que otras personas (también víctimas), y de que se aplique con relación a ella el *mismo criterio* para investigar, acusar y sentenciar. Sin este derecho, la víctima no podría gozar de la misma perspectiva de libertad que aquella disponible para otras personas (con la consecuencia, explicada anteriormente, de considerarse en cierta forma disminuida y de que otros la vean también en esa situación).

Los autores sostienen que, al echar cierta luz sobre el pasado, se facilita la promoción de la **n.d.** Mediante esta disposición logran evitar, aunque parcialmente, el tradicional reproche contra el consecuencialismo de que no toma en cuenta en absoluto la significación intrínseca de la acción (delictiva) desarrollada.

3. Un postulado saciable.

Dentro de los puntos examinados, quizás éste sea el menos polémico y el que la teoría de Pettit y Braithwaite se encuentre en mejores condiciones de satisfacer.

Sostuve antes que, para los autores, la meta seleccionada debe ser susceptible de motivar una demanda al sistema que sea *mesurada*. Pues bien, dicha moderación resulta connatural a la idea de la **n.d.**, especialmente en las áreas de *penalización* (*legislación*) y *castigo* (*juzgamiento*) al delincuente.

dimensión, en virtud de encontrarse seriamente restringida o, al menos, comprometida o en riesgo. Cabe recordar, siempre siguiendo a los expositores, que uno de los aspectos de la **n.d.** es eminentemente psicológico. Nótese, asimismo, que si bien el Estado es el ente más idóneo para asegurar la consecución de la meta analizada, éste constituye una organización *omnipotente, omnimoda*, cuyas facultades deben ser de alguna manera circunscriptas.

Mencioné también que al momento de introducir una modificación en el sistema (en cualquiera de sus sub-ramas; v.g., en el de legislación o en el de policía) tendiente a maximizar la **n.d.**, debe procurarse **que el beneficio a obtener sea realmente mayor que el daño a producir con tal medida, ya que mientras que aquél es meramente potencial, éste es actual, real** (disminuyendo en forma inmediata la **n.d.** de los agentes involucrados).¹⁷

Es por ello que, dentro de un sistema que se mantenga fiel al respeto del objeto seleccionado, va a resultar realmente inusual que acaezca una violación flagrante de los límites incontrovertibles.

Esta medida va a constituir el norte que guíe en muchos casos al sistema, lo que se ve muy claramente al analizar un principio fundamental sostenido por los autores, cual es el de *parsimonia*.¹⁸ Para el *Diccionario de la Real Academia Española*, en una de sus acepciones, ella equivale a una “*frugalidad en los gastos*”; según otra de ellas, a una “*circunspección, templanza*”. Por su parte, para el *Webster’s II, New Riverside University Dictionary (1995)* (además de una definición casi idéntica a la anterior), *parsimonia* es aquella “*economía o simplicidad en la adopción de formulaciones lógicas*”. Todos estos significados se ajustan, a la vez, a la noción aquí estudiada.

Coherente con la suposición anterior, los autores sostienen que, dado que cualquier acto de castigo (o cualquier otra práctica intrusiva) implica *per se* una invasión considerable a la **n.d.**, el principio de *parsimonia* indica que para su establecimiento se requiere una adecuada *justificación*. Con esto, los creadores de la teoría ponen *la carga de la prueba* del lado de aquellos que pretenden introducir medidas *más invasivas* que las existentes. En este sentido, resulta ilustrativo acudir a la premisa formulada por James Buchanan: “*la intervención tiene dos componentes. Primero, las violaciones a la ley tienen que ser descubiertas y los ofensores identificados. Luego, el castigo debe ser impuesto sobre los violadores. Ambos componentes acarrear un costo*”. La actitud de fondo, entonces, va a ser proclive a la no intervención.¹⁹

¹⁷ Si se colocara un agente de policía en cada esquina o con facultades de allanar domicilios, con el fin directo de prevenir delitos y el indirecto de proteger o aumentar la **n.d.**, se quebraría el límite de la tolerancia que los agentes estarían dispuestos a soportar con relación a dicho tipo de intrusiones en su vida privada, cercenando en definitiva su **n.d.**

¹⁸ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pg. 79.

¹⁹ Según Philipp Pettit (*The Common Mind, an Essay on Psychology, Society, and Politics*, Oxford University Press, pg. 320 y sgts.), esta proposición en favor de la *no intervención* es apoyada también por el pensamiento liberal. Sin embargo, esta escuela postula dicha presunción con miras a la obtención de valores como la *igualdad* o la *utilidad*, no de la *libertad* tal como se la entiende en el presente trabajo.

En esto, quizás, aunque limitado al sub-sistema de legislación, puede esbozarse un paralelo con el pensamiento de un autor republicano como Montesquieu (sin sugerir en absoluto una comunión de éste con los postulados estudiados), cuando afirma que *“la severidad de las penas conviene más al gobierno despótico cuyo principio es el terror, que a la ... república cuyos resortes son el honor y la virtud ... La experiencia nos pone de manifiesto que, en los países donde las penas son leves, éstas impresionan el espíritu del ciudadano ... toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica.”*²⁰

Apelando a la figura de la balanza nuevamente, el Estado debe preferir, al meditar acerca de una decisión, aquellas prácticas que sean **menos intrusivas** (incluso mediante la búsqueda de soluciones *alternativas* al castigo). Ello, por lo menos, hasta que la evidencia demuestre que para promover la **n.d.** es necesario la introducción de medidas más invasivas.

Otro aspecto interesante de la teoría gira en torno al énfasis puesto en la *calidad* de las *instituciones* cuyo diseño debe ser fomentado.²¹

Como (aquí sí, auténtica) expresión del pensamiento republicano, ella hace hincapié en la necesidad de construir lo que sus autores denominan *“instituciones formativas”*, opuestas a las favorecidas por los pensadores liberales adherentes al concepto de libertad negativa.

Pero, ¿cuáles son dichas instituciones? Si partimos de la base de considerar que el fin de la **libertad como no dominación (n.d.)** presupone la pacífica interacción de los individuos en una sociedad, la respuesta entonces surge muy fácilmente: *“ellas deben estar diseñadas de manera tal de afectar a los individuos para que éstos se comporten como si estuvieran preocupados, en primer término, por el beneficio público y no por sus intereses particulares.”*²²

Por su parte, la institución por antonomasia alentada por aquellos que sostienen el principio de **libertad como no interferencia** (perfeccionada mediante un estado de aislamiento total) se encuentra representada por un sistema que funcione cual un *mercado de competencia perfecta*, donde la *“mano invisible”* constituida por la suma de los intereses particulares ayuda a alcanzar un nivel óptimo y a corregir las probables

²⁰ Montesquieu, ob. cit., pgs. 60 y sgts. Ver, en similar sentido, aunque imbuido de una filosofía contractualista, César Bonesana, Marqués de Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Ed. Heliasta, 1993.

²¹ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 80 y sgts.; Philip Pettit, ob. cit. en nota 8 ter, especialmente pgs. 222 y sgts.; Philip Pettit, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government*, pgs. 211 y sgts.

deficiencias.^{22 bis} Para sus arquitectos, cualquier modelo que propugne algún tipo de *restricción o intervención* resulta altamente *cuestionable* (ver *supra* las consideraciones acerca de la tensa relación entre esta manifestación de la libertad y el derecho). Sin embargo, para la vida en sociedad tal diseño resulta sumamente impracticable, ya que es imposible que existan instituciones sin ciertas –aunque mínimas– limitaciones (aún los mercados más abiertos las tienen).

Para demostrar las bondades que se derivan del tipo de institución sugerida, los autores esgrimen un argumento digno de ser tenido en cuenta: *si todos los individuos se comportaran privilegiando sus intereses personales antes que el beneficio público (y si las instituciones favorecieran dicha actitud), éste no podría desarrollarse jamás, ya que ellos no contribuirían en ninguna medida para su logro.*²³

Esas *instituciones formativas* pueden ser de dos tipos diferentes. Uno de ellos apunta a modificar la conducta de los agentes sólo mediante la coerción (introduciendo penalidades). El otro, a mi entender de aristas más interesantes, tiende a la transformación de los hábitos deliberativos de los agentes del sistema (no sólo de su conducta), teniendo por fin la formación de *ciudadanos virtuosos* que *comprendan* en toda su dimensión el *significado* de las acciones, ciudadanos que *disciernan* el *sentido del bien y del mal* (que puedan inferir que de un comportamiento poco virtuoso frecuentemente se va a derivar una desaprobación o un reproche).

A pesar de que ambos modelos de instituciones formativas son preferibles a los propuestos por los partidarios del postulado de libertad como no interferencia, el expuesto en último término, denominado *socializador*, es el tipo defendido por los autores, quienes aseguran que su adopción constituye *la mejor protección contra el crimen que se les pueda brindar a los ciudadanos.*²⁴ Es que, para ellos, un sistema netamente coercitivo

²² John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pg. 81.

^{22 bis} El ejemplo extremo de este pensamiento puede verse en la magnífica alegoría del “panal rumoroso” en Mandeville, Bernard, *La Fábula de las Abejas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

²³ Ilustrado por los autores mediante el siguiente razonamiento: cada agente consideraría que su intervención es superflua si hay otros que contribuyen, en balde si otros no contribuyen, y que no van a ser “justo” ellos quienes hagan que el número de contribuyentes sea suficiente; John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pg. 81.

²⁴ En Philip Pettit, ob. cit. en nota 19, el autor señala que el diseño institucional debe ser capaz de alentar un comportamiento virtuoso en aquellos individuos que no son espontáneamente virtuosos, sin con ello cercenar la virtud espontánea de los agentes que no necesitan de una especial persuasión (pg. 323). El sistema debe aspirar a que la gente se conduzca demostrando el respeto que un régimen republicano requiere para su supervivencia. Más adelante volveré sobre esto.

resulta incompatible con el intento por fomentar la *virtud cívica* de los individuos, cualidad que logra transformar potenciales criminales en ciudadanos respetables.

Los postulados que anteceden son fieles a la tradición republicana, la que otorga gran importancia a dichos valores. Sin ellos, los agentes se encontrarían expuestos a la corrupción, al delito o al sometimiento por parte de otros.

Al ahondar aun más en la indagación acerca de los fundamentos de dicha elección, nos encontramos frente a tres consideraciones que merecen destacarse. La primera puede ser expresada mediante la máxima romana *Quis custodiet custodes?* (¿Quién vigila a los que vigilan? ¿quién custodia a los que custodian?).²⁵ Un sistema coercitivo fuertemente centralizado puede sufrir el contratiempo de no tener órganos adecuados para ejercer el control de los agentes que lo administran (de los que se encuentran en el tope del mismo).

Aún cuando dicha dificultad pueda ser soslayada (quizás mediante proyectos que tiendan hacia alguna forma de descentralización), para los autores es factible que surja otra de igual o mayor relevancia. Esta, conocida en *economía* como el problema del *principal-agente* (*principal-agent*), puede ser formulada de la siguiente manera: en toda organización (el sistema analizado no es una excepción) existe la necesidad de que las personas que se encuentran en el nivel más alto descansen de alguna manera en otros agentes situados en un peldaño inferior, confiándoles cierto margen de decisión. Si bien es de esperar que la cúpula directiva (en el caso de una institución coercitiva, aquellos individuos que se encuentren al mando de cada una de las áreas de las que se compone el sistema) sea profundamente devota de los fines a promover o de los principios a respetar, es muy factible que los agentes mencionados no lo sean.

El problema del *principal-agente* resulta harto considerable para los autores, ya que, según ellos, resulta plausible suponer que en un sistema coercitivo altamente centralizado los agentes que trabajan dentro de él se alejen de la promoción del fin general, orientándose a la satisfacción de intereses propios (sin que ello sea algo evidente, pues disponen de los recursos para ocultarlo).

Por último, el tercer obstáculo al que se enfrenta un diseño institucional meramente coercitivo se relaciona íntimamente con el postulado analizado anteriormente de la *saciabilidad*. Para que un sistema criminal despojado de consideraciones acerca de la *socialización de los ciudadanos* sea efectivo se requiere de un nivel de intervención que

²⁵ ibídem, pg. 325.

para la mayoría de los individuos resultaría *intolerable* (colocando un agente policial en cada esquina, allanando domicilios y deteniendo ciudadanos ante la más leve sospecha). A fin de persuadir a los potenciales ofensores a que se adapten a la ley en ocasiones en que las posibilidades de escapar de ella impunemente son importantes, el sistema tendría que estar capacitado para disponer de un método de *investigación y detección* efectivo y para amenazar con un repertorio de castigos severos. Citando aquí a uno de los autores de la teoría analizada, si dichas prácticas son instauradas “... *es muy probable que (como resultado) transformen a los ciudadanos que de otra manera serían espontáneamente virtuosos en unos ciudadanos resentidos y recalcitrantes*”.²⁶

Los modelos de institución propuestos por la teoría republicana (de cuya aplicación empírica hablaré más adelante) descansan en la necesidad de reconocer, a la par de la existencia de un nivel centralizado de castigo, la importancia de la instauración de un sistema de reproche más *desconcentrado e informal*. A fin de fomentar la promoción de la *virtud cívica*, debe delinearse un sistema en el cual “*cada uno sea el policía del otro, y, a la vez, cada uno sea un potencial juez y un potencial receptor en la distribución de premios o castigos*”²⁷ De esta manera, el modelo representado por la “*mano invisible*” es reemplazado por el de la “*mano intangible*”.

CAPITULO III. Interpretando y ejecutando la teoría republicana.

I. Interpretación.

Señalé anteriormente las diez principales cuestiones que, para los autores, una teoría *comprensiva* del sistema de justicia criminal debería estar en condiciones de responder. Al ocuparme de ello (como en seguida lo haré), se pondrán de manifiesto las aristas e implicancias más polémicas que el planteo republicano conlleva.

Sin embargo, previamente a ello, considero pertinente efectuar una digresión a fin de mencionar *cuatro presunciones* que la teoría abraza, cuya comprensión resulta necesaria para una mejor intelección del desarrollo posterior. Las presunciones mentadas

²⁶ ibídem, pg. 326.

²⁷ ibídem, pg. 327.

giran en torno a los principios de **parsimonia, balance de poderes, reprobación y reintegración.**¹

El principio de **parsimonia**, como fuera delineado precedentemente, sugiere que la *carga de la prueba* debe pesar sobre quien justifica una medida que provoque, en forma directa o indirecta, una invasión a la **n.d.**

Como cualquier acto de penalización, investigación, arresto o castigo implica *per se*, en mayor o menor grado, una merma en la libertad de los individuos (daño que es *real* o *actual*), la posición a privilegiar debe ser la de la ausencia de tal invasión, dado que los beneficios que pueden llegar a derivarse de aquella medida son meramente potenciales (*contingentes*).²

Esta presunción es, según los autores, la más importante de las cuatro, y debe ayudar a quien pretenda introducir modificaciones en el sistema a marcar el norte del ideal anhelado. De hecho, más adelante se verá que, mediante la aplicación de este postulado, se arriba a una situación en la que el Estado es menos intrusivo y las cárceles se encuentran más despobladas.

La presunción en favor del **balance de poderes**, por su parte, resulta consustancial al reconocimiento a los ciudadanos de ciertos límites infranqueables por el Estado. Establecidos ciertos derechos en cabeza de ellos (al debido proceso, a no ser injustamente castigados, etc.), resulta imperioso que el Estado custodie su observancia mediante la articulación de los mecanismos adecuados para que los individuos puedan sentirse seguros de que no van a ser objeto de una invasión *arbitraria o caprichosa* de su **n.d.**, protegiendo el aspecto subjetivo que ésta conlleva.

Estos resortes deben estar presentes aún en aquellas áreas del sistema en donde pueda existir alguna cuota de discrecionalidad legal (policía, fiscales, etc.),

¹ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 86-92.

² Aporto aquí un ejemplo recogido de la realidad contemporánea. El diario La Nación, en su edición del día jueves 9 de septiembre de 1999, pg. 6, nos informa acerca del toque de queda para menores que rige en Washington D.C., así como en otras 300 ciudades de los Estados Unidos de Norteamérica. Con la instauración de dicha medida, que prohíbe la presencia por la noche de los menores de 16 años en las calles, se intenta reducir la delincuencia juvenil. Sin embargo, considero que no se encuentra debidamente probado que la implantación de dicha decisión vaya a provocar una sensible disminución de la tasa de criminalidad infantil; por su parte, existe una consecuencia dañosa inmediata, cual es el cercenamiento de los derechos individuales de los individuos afectados. Según el diario Washington Post (ed. del 8/9/99), “... la libertad de los jóvenes que respetan la ley resulta limitada por esta nueva medida.”

mediante un apropiado régimen de apelaciones y de rendición de cuentas por parte de los responsables.

Por su lado, el tercer principio introduce a la teoría la noción de **reprobación**, ya esbozada al hablar del modelo de institución defendido por ésta. Sostuve antes que el tipo de órgano elegido por los autores, el *sociador*, tenía por función principal crear en los ciudadanos un sentimiento de *reproche* o *desaprobación* de las conductas disfuncionales que pongan en riesgo la **n.d.** Mencione también que ese modelo es considerado superior al otro susceptible de ser desarrollado como institución formativa, el coercitivo, ya que, a diferencia de éste, aquél tiene en mira un proyecto más ambicioso: la modificación de los hábitos deliberativos de los ciudadanos, a fin de fomentar esa reprobación.

La idea de los autores, entonces, radica en devolverle a los ciudadanos el sentimiento de *culpa* y el *reproche* característicos de la noción del *crimen*. Mediante este mecanismo de reeducación por medio del *razonamiento moral* se asegura, para ellos, una mayor protección contra los delitos que la derivada de la adopción de otros (coercitivos o no), ya que ésta se logra en un grado superior cuando los ciudadanos ven al crimen como algo sujeto a reproche, como algo impensable (y no como un cálculo de beneficios).

Para los sostenedores de la teoría, una sociedad que carece de la capacidad necesaria para movilizar la *desaprobación* o el *reproche público* no puede ejercitar en forma adecuada el *control social* contra aquellos que avasallan los límites impuestos. Una sociedad que fracasa en su tarea de concitar la reprobación ciudadana a fin de garantizar la libertad termina perdiéndola.

Otro punto saliente en esta disquisición está constituido por el énfasis puesto en la necesidad de que los ciudadanos *comprendan* en toda su dimensión el significado de las medidas impuestas en el sistema de justicia criminal. Si el campo de acción de un individuo es de alguna manera cercenado por la introducción de una restricción (por ej., por la penalización de una cierta conducta) cuyo sentido no puede aprehender (sea por ignorancia o por otros motivos), ese individuo va a considerar que el Estado está poniendo en riesgo en forma arbitraria su **n.d.** Esta comprensión *no* puede lograrse en forma acabada mediante la introducción de un sistema *exclusivamente coercitivo*.³

³ Confrontar con el insólito art. 1 de la ley 24.660: "La ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de *comprender y respetar* la ley, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de

Una arista controversial de la teoría examinada resulta de la insistencia de los autores, como he sostenido antes, de que a menudo el castigo no constituye la mejor forma de tratar con el delito. Esta hipótesis se ve desarrollada aquí en toda su significación, pues ellos sugieren que en determinadas ocasiones el factor de *reprobación* va a tener más peso en circunstancias en que no se cumple una pena (v.g., en el caso de un juez que condena a un reo por una ofensa cometida, haciéndola pública, y sin embargo suspende la ejecución de la sentencia por causas humanitarias,⁴ o el del inspector de salud y medio ambiente que amenaza con dar a publicidad una infracción si una firma determinada no cumple con los requisitos correspondientes en su próxima visita).

Por último, la cuarta presunción a analizar es la de **reintegración**. Cabe aquí aclarar que cuando los autores hablan de ésta hacen referencia tanto al proceso de reinserción en la sociedad del *delincuente* como de la *víctima*.

Un aspecto relativamente novedoso y muy atractivo de la teoría analizada es el énfasis que en mayor medida pone en la reintegración de la *víctima* que en la del *convicto*; ello es así porque la *n.d.* de aquélla ha sido cercenada, porque su valor como ser humano ha sido menoscabado.

Como sostienen los autores, a ella le ha sido cursado el mensaje (por parte de otro ser humano) de que no es una persona digna de gozar el derecho a la *no dominación*. De ahí radica la necesidad de satisfacer, en forma prioritaria, las expectativas de las personas que padecen las consecuencias de un delito.

La reintegración de la víctima puede lograrse mediante ciertas prácticas con contenido *simbólico*, como la condenación del delincuente, pero también puede conseguirse a través de remedios de naturaleza *patrimonial*, como el reconocimiento de una indemnización (a desembolsar por el ofensor o, en su caso, por la comunidad).

Otro argumento relevante en favor del impulso de esta reinserción gira en torno a la *sensación de seguridad* que produce en los ciudadanos la certeza de que, en caso de sufrir las consecuencias de un crimen, el Estado va a *reaccionar* ayudando a las víctimas a reparar aquéllas tanto como sea posible.

tratamiento interdisciplinarios que resulten apropiados para la finalidad enunciada". Resulta sorprendente el método seguido, especialmente teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 34 del C.P.

Finalmente, para la teoría republicana reviste también gran importancia la reintegración del *delincuente* a la sociedad. Un ex-transgresor cuya reinserción no es promovida por el sistema puede considerarse a sí mismo como un *ciudadano de segunda categoría* (sin derecho al goce de la *n.d.*), cargando con el estigma de sus antecedentes y aumentando con ello el riesgo de reincidencia en su comportamiento poco virtuoso.⁵

Es el turno ahora, pues, de examinar en detalle las respuestas que la teoría republicana brinda a las principales cuestiones suscitadas por el funcionamiento del sistema de justicia criminal.

1) ¿Qué clases de comportamientos deben ser penados por el sistema?⁶

Uno de los aspectos más polémicos de la exposición analizada reside en la clase de conductas que deben ser penalizadas. En una primera aproximación a la respuesta a este interrogante podría sostenerse que deben ser criminalizadas *aquellas conductas que atenten contra la n.d.*, cercenándola. Como puede fácilmente observarse, el tema dista de ser simple, ya que trae aparejado complejas derivaciones. Una de ellas es que, mientras algunos comportamientos que en la mayoría de las sociedades hoy no constituyen delito pasarían a serlo, otras conductas que sí se encuentran penadas dejarían de estarlo. De cualquier forma, a fin de que pueda configurarse una *asignación estable de derechos*, es necesario que los tipos delictivos se encuentren *perfectamente definidos y delineados*.⁷

Es importante recalcar que el principio antes visto de *parsimonia* (ver *supra*, pg. 24) opera como una suerte de *límite* o *techo* en la consideración de los actos a penalizar,

⁴ Para los autores, las sentencias, aún las no cumplidas, tienen un alto contenido simbólico de reproche de la comunidad.

⁵ Confrontar con opiniones de sociólogos como Becker o Goffman. Para el primero, la *rotulación* de un individuo dentro de la sociedad (como ladrón, borracho, etc., con todas las consecuencias que ello importa, pues de ellas se deriva una serie importante de otras consideraciones –por ej., para la opinión general el estafador resulta necesariamente mentiroso y no confiable-) puede operar como *profecía de autocumplimiento*, asumiendo aquél, en definitiva, las posiciones endilgadas. El sentimiento de hostilidad y sospecha de la gente hacia él puede producir una significativa modificación en su personalidad, haciendo que éste adopte y haga públicos comportamientos no desarrollados antes. Para Goffman, el estigma es un atributo profundamente desacreditador, entendido en relación de interacción con ciertas categorías de personas, no como un elemento intrínsecamente deshonoroso (Fucito, Felipe, *Sociología del Derecho, El Orden Jurídico y sus Condicionantes Sociales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1993).

⁶ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 92-100.

⁷ Ver Beccaria, ob. cit., pg. 67, para quien cuando las leyes están configuradas de un modo extraño u oscuro para el pueblo, éste queda “*en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma, de un libro público y solemne, uno casi privado y doméstico.*” Aunque sin mencionarlo, los autores hacen referencia al *tipo legal* o *tatbestand*.

privilegiando, de la forma analizada previamente, la *no intervención* del sistema (con el auxilio del diseño de métodos alternativos al castigo).

Para los autores, esta postura contrasta con la actitud liberal clásica (Mill, por ej.) según la cual una conducta no debe ser castigada *a menos* que cause *daño* a otras personas. Se opone, también, a la posición que sostiene (moralismo legal) que la sola circunstancia de que un comportamiento sea *inmoral* es *causa suficiente* para su penalización.

De todos modos, las conductas que en la mayoría de las sociedades modernas merecen un severo reproche, como el homicidio, el robo, el fraude, el secuestro y la violación (sólo por citar algunas) seguirían estando criminalizadas, ya que comportan de por sí una rigurosa restricción de la **n.d.** de las víctimas de ellas. Por otra parte, los autores sostienen lo propio con los denominados *crímenes derivados*.⁸

No sustentan idéntica actitud, en cambio, con relación a conductas tradicionalmente catalogadas como *crímenes ofensivos o injuriantes* –*crimes of offense*– (ver nota⁹, en la página 9 del presente trabajo), las que, por el postulado de *parsimonia*, deberían encontrarse despenalizadas. La propuesta de los autores en este campo consiste en derivar al área policial, en su importante función de custodiar el orden, la búsqueda de una solución adecuada. El comportamiento errático de un vagabundo, un borracho o un drogadicto, o las exhibiciones impúdicas y obscenas de un adolescente podrían ser manejados por la policía en forma adecuada (v.g., intentando disuadir al sátiro para que desista de dicho comportamiento o al borracho para que vuelva a su casa), antes que por los sub-sistemas de legislación y juzgamiento.

Con respecto a los llamados *crímenes consensuales*, es decir, aquellas conductas dañosas libremente aceptadas por la víctima (como el consumo de estupefacientes), la dificultad es mayor, pues aquí las dos posturas, la penalización y la no penalización, pueden llegar a restringir el **n.d.** de la persona involucrada. Si consideramos el caso ejemplificado, puede fácilmente colegirse que la adicción a las drogas implica una reducción de la capacidad del agente respectivo, cuya vida queda, en

⁸ Para los autores, esta categoría comprende, siguiendo a Joel Feinberg, aquéllos delitos que, sin representar un atentado *directo* contra la **n.d.**, importan graves consecuencias para el sistema. Ejemplos de ellos son la tenencia de armas sin licencia, la evasión impositiva y la práctica de una profesión (la medicina por antonomasia) sin el título respectivo. Como es fácil inferir, ellos pueden provocar, en forma indirecta y mediata, un cercenamiento de la **n.d.** de los ciudadanos. Otro de los ejemplos dados se deriva de la comparecencia a juicio: influenciar a un juez (cohecho-prevaricato) o violar reglas de procedimiento a fin de causar perjuicio al adversario. En este caso, el principio de *parsimonia* sugiere que ciertas conductas que ocasionalmente se encuentran penalizadas, como el desacato o los exabruptos verbales de las partes en juicio, no deben estarlo.

definitiva, a merced de los dictados de su compulsiva necesidad de consumo (en este caso, un traficante puede llegar a ejercer dominación sobre aquél).

A su vez, paralelamente a este argumento (que hablaría en favor de la criminalización de tal conducta), los autores sostienen que de la penalización puede resultar un cercenamiento aún mayor de la *n.d.* del adicto (ya que se restringen sus opciones en base a un fundamento poco admisible), conllevando además el riesgo latente de la formación de un “*mercado negro*” de venta de estupefacientes. Por ello es que la teoría adopta una solución salomónica y, mientras que por un lado libera el consumo de drogas, sujetándolo al requisito de una prescripción médica (la que, a su vez, debería ser otorgada con un criterio amplio), por el otro favorece la penalización del tráfico sin la observancia de dichos requisitos.

Como complemento de la posición mencionada, la teoría republicana propugna la formulación y el lanzamiento de campañas educativas que, trasladando parcialmente el problema *fuera* del sistema de justicia criminal, ayuden a concienciar a la población acerca de los males que se derivan del consumo de drogas.

Por último, con relación a los denominados *strict liability crimes* (delitos en los que el elemento intencional no es estrictamente necesario para configurarlos, bastando el mero *riesgo* creado por el agente), los autores apoyan su penalización sólo en caso de haber podido el agente respectivo, con anterioridad, *apreciar* el riesgo involucrado y *prevenir* el daño causado, no en otros supuestos donde se observa una *total* ausencia de voluntariedad o culpabilidad.

2) ¿Qué clases de sentencias deben ser dictadas?⁹

Aquí la teoría nos enfrenta a dos dilemas diferentes: la *naturaleza* del castigo y la *intensidad* del mismo.

Propiedad, libertad e integridad corporal son los tres tipos de bienes o valores que una sentencia puede apuntar a restringir. Descartada, por el juego de la presunción de *parsimonia* (entre otros motivos), toda consideración acerca del castigo físico del delincuente, resta examinar las otras dos alternativas.

⁹ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 101-106.

Entre ellas, y en tanto y en cuanto la comunidad *no* corra con ello un severo *riesgo*, los autores privilegian aquellas que apuntan a restringir la *propiedad patrimonial* del reo, por resultar menos invasivas de su *n.d.* (argumento basado en las presunciones de parsimonia, reintegración y reprobación). Por ello, se alienta la práctica de la imposición de *multas* (a favor del fisco para la formación de un fondo de compensación para las víctimas de delitos graves) y *compensaciones* (a favor de las víctimas, las que son aún preferidas a aquéllas). En este caso, la *n.d. perdida* por el delincuente se contrapesa con la *ganada* por la comunidad o la víctima del delito.

Las sentencias que cercenen la *libertad* de movilidad del reo (el encarcelamiento por excelencia) deben actuar como *último recurso* disponible, circunscribiéndose, casi exclusivamente, al ámbito descripto precedentemente en el que el *peligro* y el *riesgo* de la sociedad las requieren. Asimismo, deben ordenarse cuando el ofensor se encuentra *imposibilitado* o cuando se *niega* a ingresar el monto de condena. Sin embargo, en este último caso se prefiere, más que el encarcelamiento del reo, la sentencia que ordene a efectuar un *trabajo comunitario* (práctica igualmente limitativa de la libertad).¹⁰

Acorde con esa relegación al último peldaño de la escala de castigos disponibles, la teoría sostiene que, en el caso de ordenar una condena privativa de la libertad, el juez debe *justificar* los fundamentos por los cuales ésta se aplica.

Como puede sencillamente observarse, el problema planteado observa una estrecha conexión con el grado de extensión del poder de *discrecionalidad* de las diferentes áreas del sistema (en este caso, de los jueces).

El segundo tema presenta aristas propias, derivadas de la consideración acerca de la *severidad* o *intensidad* del castigo a imponer. El principio del *balance de poderes* aconseja que exista un *límite o techo máximo* que los jueces no puedan desconocer, lo que no resulta en absoluto extraño a la tradición jurídica argentina. Con esto, la teoría se aleja en forma rotunda del postulado *prevencionista* que descansa sobre la *rehabilitación* del delincuente (que, como mencioné anteriormente, favorece el dictado de sentencias indefinidas), con miras a garantizar que los ciudadanos de una comunidad (no sólo los delincuentes en potencia) se encuentren a salvo del ejercicio arbitrario del castigo.

A la vez que se ocupan de señalar que ese límite máximo debe existir, los autores sugieren que *no* exista un *mínimo* en la escala de los delitos. Conforme a ello,

aún cuando los jueces determinaran la culpabilidad de un individuo podrían absolverlo si las circunstancias así lo aconsejaran.

Esto, como se ve, constituye una innovación significativa y peculiar, apoyada en el postulado de *parsimonia* según el cual, con frecuencia, se promueve en mejor forma la **n.d.** general si se demuestra *clemencia* y *misericordia* hacia el reo.

3) ¿Cómo deben ser asignados los recursos al sistema (comparado con otras funciones gubernamentales), dentro de éste y de los distintos sub-sistemas (v.g., policía)?¹¹

La respuesta al primer interrogante es compleja. Los autores sostienen que, en la promoción de la **n.d.**, existe un *límite máximo* en la asignación de recursos más allá del cual ésta tiende a disminuir o simplemente no varía. El dilema consiste aquí en saber cuál es ese límite en la exigencia de contribuciones (impuestos) a los ciudadanos según el cual su transposición va a redundar en perjuicio de éstos, cuya **n.d.** va a resultar *confiscada* sin efectos visibles.

Lo cierto es que dicho examen resulta sumamente engorroso, pues en ningún país del mundo se observa, al momento de elaborar las distintas partidas presupuestarias, tal correlación entre los aportes de los contribuyentes y los gastos del sistema. En general dicho procedimiento, más bien, se efectúa como resultado de decisiones mas o menos improvisadas, fruto de la necesidad de equilibrar el gasto público. Sin embargo, a pesar de ello, las pautas dadas conservan cierto interés para los autores, a tener en cuenta por los organizadores de un sistema de justicia criminal imbuido de los lineamientos de la teoría analizada.

En relación con los recursos destinados a la función de investigación policial, los autores sostienen la necesidad de *balancear* el *aumento* de la **n.d.** general derivado del descubrimiento de los culpables de un delito y la *pérdida* de ella como consecuencia de las violaciones detectadas en las investigaciones policiales. Esto se logra mediante el diseño de mecanismos adecuados de control de la función que hagan hincapié en la

¹⁰ Puede fácilmente colegirse que por la aplicación de estas reflexiones se llega al virtual vaciamiento de las cárceles.

¹¹ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 106-109.

protección de los derechos de los ciudadanos (cuerpos elegidos, por ej., por organizaciones de derechos humanos).

Asimismo, a fin de *optimizar* la utilización de los recursos disponibles, se intenta que la policía priorice la indagación y pesquisa de los crímenes *más serios*, focalizando su atención sobre ellos y desistiendo de la pretensión de investigar hasta las últimas consecuencias *todas* las denuncias recibidas, lo que resulta en cualquier país una tarea cicolópea.

Sin embargo, dicha escala de prioridades no debe llevar a sostener que deban desecharse las denuncias de delitos poco importantes, ya que ello puede significar para la víctima, como expliqué al hablar de **reintegración**, que no es merecedora de respeto como persona. De hecho, los autores favorecen la transformación de las fuerzas del orden existentes en una *policía comunitaria*, apta para dar respuesta a los *temores* y *demandas* de los ciudadanos (aspecto muy importante para la teoría, ya que la dimensión psicológica constituye, como señalé en reiteradas oportunidades, una parte componente de la **n.d.**).

Los autores de la teoría republicana argumentan que con su puesta en práctica se reducirían los recursos necesarios para el funcionamiento *adecuado* del sistema. Una vez garantizado, en una primera asignación, que cada área de éste posee lo suficiente como para poder *tomar los derechos en serio* (mínimo necesario), podría efectuarse una redistribución de otros recursos en forma productiva entre aquellos sectores que los necesiten para promover en mejor medida la **n.d.**¹²

4) ¿Qué clase e intensidad de vigilancia deben ser toleradas?¹³

En este punto, en buena medida derivado del anterior e íntimamente relacionado con el siguiente, se insiste nuevamente en la necesidad de atender, paralelamente a la libertad asegurada mediante una intervención policial, al costo no marginal implicado en dichas investigaciones. Es que, como es fácil suponer, toda pesquisa trae aparejada la

¹² El ejemplo de reasignación dado por los autores es el de derivar parte de los recursos comúnmente otorgados a la policía a agencias que protejan la seguridad del trabajo, la salud pública o a los consumidores, a fin de *prevenir* daños a la comunidad antes que actuar una vez ocurridos éstos.

¹³ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 109-112.

posibilidad de invadir la esfera de privacidad (**n.d.**) de otras personas ajenas al delincuente (patrullajes, allanamientos, etc.).¹⁴

Basados en estadísticas que demuestran que el patrullaje policial es improductivo en su tarea de prevenir delitos, los autores adhieren a la idea de que, en tanto y en cuanto dichos cálculos no se modifiquen, el cuerpo policial debería dirigir su atención hacia otras tareas más eficaces, absteniéndose de incorporar técnicas de vigilancia más invasivas (cámaras, micrófonos, interceptación de teléfonos, etc.).

A su vez, por el mismo principio de *balance de poderes* se favorece la intervención de los cuerpos deliberativos o de contralor de la policía (antes vistos) al momento de decidir la adopción de una metodología de investigación. La idea es que, al cambiar una técnica por otra, se elija una que *no* implique un *mayor nivel de intrusión* que la anterior.

Lo relevante del enfoque es que, a la par que desalienta la introducción de la alta tecnología al servicio de las investigaciones, se pone énfasis en el *nuevo rol* a desempeñar por la policía. Los autores sostienen que es necesario producir un cambio de mentalidad en los agentes ejecutores de la función policial, a fin de lograr configurar un cuerpo mas interesado en la *socialización* que en la *represión*, en la *prevención* más que en el *castigo*.¹⁵

5) ¿Qué casos deben ser seleccionados para dirigir una investigación criminal y cómo debe ser ésta conducida?¹⁶

¹⁴ Un artículo del semanario inglés *The Economist* (edición de la semana del 14 al 20 de agosto de 1999, pgs. 16 y 47-48) advierte sobre los riesgos que conllevan las prácticas de interceptación de teléfonos y de correo electrónico y las de instalación de micrófonos y de dispositivos láser (favorecidas por las últimas innovaciones tecnológicas) sobre la libertad de los ciudadanos. Sin perjuicio de alentar el ejercicio de dichos métodos bajo condiciones legales perfectamente delineadas, el artículo señala que los resultados logrados por medio de ellos no pueden dejar de hacer ver el peligro latente representado por la pérdida de privacidad de los ciudadanos, por lo que deben estar sujetos a un riguroso control independiente y a un sistema que garantice la defensa del investigado (procedimientos de apelaciones, etc.). En especial, se hace referencia al ordenamiento inglés, el que se encuentra plagado de "lagunas" que hacen imposible garantizar que la libertad de los ciudadanos no sea cercenada. De hecho, allí el fantasma ominoso del Estado pareciera cernirse sobre la esfera de libertad de los ciudadanos, tornándola cada día más restringida. Como se ve, el tema, de gran actualidad en Gran Bretaña ya que existen diversos proyectos legislativos para modificar el estado de cosas existente, presenta aristas sumamente complejas, configuradas por el incierto balance entre la necesidad de investigar delitos y la de proteger la libertad de los ciudadanos.

¹⁵ En vez de elaborar cientos de actas por infracciones de tránsito en un punto problemático de la ciudad, la policía podría consultar a otras autoridades con el fin de efectuar un rediseño del tránsito. En ocasión de un accidente de tránsito, la policía debería concentrarse más en ayudar a las víctimas y a sus familiares que en recoger pruebas para un juicio.

¹⁶ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 112-115.

Existen dos actitudes diferentes a adoptar por el subsistema policial con relación a este tema: por un lado, una postura netamente *reactiva*, que concentre todas las energías del área en la investigación de las denuncias formuladas por la comunidad, sin iniciativa propia. Por otro, una más *activa* que no sólo se limite a esto sino que emprenda investigaciones en sectores donde se sospeche la comisión de delitos (labor de *inteligencia*).

Los autores coinciden en señalar la necesidad de la existencia de un cuerpo policial que investigue y dé respuestas a la comunidad, por lo que abogan por la organización de una fuerza de seguridad principalmente *reactiva*. Sin embargo, en áreas delicadas, como las relacionadas con el fraude corporativo, la corrupción, la evasión impositiva y el daño ambiental (los tradicionalmente denominados *delitos de cuello blanco*) es necesario desarrollar una tarea investigativa más enérgica, en conjunto con otros sectores del sistema.

Lo propio sucede con la detección de los identificados como *criminales peligrosos*, los que generalmente se encuentran mejor capacitados para evadir el llamado de la ley.¹⁷

6) ¿Qué casos deben ser escogidos para una acusación fiscal (para su enjuiciamiento)?¹⁸

El presente interrogante gira en torno a uno de los tópicos más polémicos de la teoría, cual es el de determinar el alcance y la extensión del ámbito de *discrecionalidad* de las distintas áreas del sistema, en este caso las relacionadas con el enjuiciamiento de los agentes (fiscales o jueces, dependiendo de la organización judicial).

Para la teoría *retributiva*, consecuente con su pensamiento acerca del castigo tasado, tal discrecionalidad resulta *inimaginable*, pues el enjuiciamiento y la pena consecuente resultan inexorables siempre que hubiere mérito para ello. Por el contrario, la teoría analizada profesa una idea muy distinta. Fiel a su postulado en favor de una interpretación *parsimoniosa*, se favorece la idea del ejercicio por las autoridades de cierto marco de libertad al decidir si corresponde o no proseguir con el encartamiento del delincuente.

¹⁷ Para no caer en un peligroso encasillamiento, los autores sugieren criterios a aplicar para la inclusión de un individuo en esta categoría. Así, verbigracia, la comisión de un número determinado de delitos en un lapso determinado de tiempo.

Los autores insisten en que, aún en los casos de crímenes horrendos, con frecuencia la *n.d.* general se promueve en mejor grado *no condenando* a los delincuentes. **Mientras para los retribucionistas el principio general está constituido por el procesamiento, para la teoría republicana el principio general está determinado por la ausencia del mismo (clemencia).** En definitiva, la clave para concluir cuándo se procesa va a estar configurada por la consideración de la *n.d.* de las personas involucradas.

Un ejemplo proporcionado en la obra analizada va a colaborar para una mejor comprensión de las posiciones en juego en el tema estudiado: nueve ejecutivos de una empresa farmacéutica alemana fueron procesados bajo los cargos de lesiones y homicidio culposo de varios niños por la fabricación y posterior venta de una droga defectuosa. Luego de cinco años de procedimiento, los cargos fueron dejados de lado como resultado de un acuerdo entre la empresa y los familiares de las víctimas.

Mientras una postura retribucionista se hubiera manifestado totalmente en contra de dicho acuerdo (denominado “*justicia en venta*” por sus detractores), la teoría republicana (y cualquier enfoque consecuencialista) lo hubiera favorecido, ya que el principio de *parsimonia* habría aconsejado poner fin a un proceso que podría haberse extendido durante nueve años más.¹⁹

Para los autores, un sistema en el cual los fiscales (o quien se encuentre a cargo de decidir si corresponde o no llevar adelante un proceso) no tengan un espacio propio para efectuar el balance requerido en casos como el explicado *no* tiene un *compromiso* serio con el respeto por la *libertad* de sus ciudadanos.

No obstante el ámbito de discrecionalidad descripto, los fiscales deberían rendir cuentas a la comunidad (mediante presentaciones escritas, por ej.) en caso de decidir no continuar con el procesamiento de un agente imputado de la comisión de un crimen grave; así se favorece el *balance de poderes*.

Un aspecto notable de la teoría republicana radica en que, en su preocupación por formar *ciudadanos virtuosos*²⁰ y por la función de *reprobación*, destaca la necesidad de devolver a la *comunidad* parte del *poder de represión (control social)* con el que cuenta el Estado en forma casi exclusiva.

¹⁸ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 115-119.

¹⁹ Otro de los ejemplos dados es el del acusado que tiene graves riesgos de sufrir un ataque al corazón que tiene que pasar por un extenso procedimiento legal. Otra vez, una postura *parsimoniosa* se mostraría en contra de dicho proceso.

²⁰ Ver pg. 26 para un acercamiento al concepto de *ciudadanos virtuosos*.

Los autores sostienen que es en el seno mismo de la comunidad en donde los problemas tienen lugar y en donde deberían ser resueltos (en una familia, un lugar de trabajo, un club, un colegio), ya que aquélla posee los recursos suficientes para ayudar al ofensor a encontrar la respuesta al conflicto causado. Con ello se favorece el *ejercicio informal del control social*, el que, según aquellos, con frecuencia es más útil para promover la **n.d.**

7) ¿Cómo y sobre qué base deben ser tomadas las decisiones previas al juicio (acerca de la negociación de la pena, la detención del procesado, el régimen de fianzas, de inmunidades, etc.)?²¹

Aquí se pone de manifiesto, nuevamente, la dicotomía existente entre un enfoque retribucionista y el explorado. Mientras que para el primero cualquier tipo de negociación de pena y de inmunidades resulta totalmente inviable, para la *teoría republicana* dicho proceder se *justifica* si tiene como objeto la *promoción* de la **n.d.** general.

Por otro lado, los autores también destacan la necesidad, inspirados por el principio de *parsimonia*, de resguardar la libertad del imputado durante el proceso, con excepción de aquellos individuos considerados “*criminales peligrosos*” (para su definición, ver *supra* nota ¹⁷). Con ello se pretende asegurar la consecución de la **n.d.** general.²²

8) ¿Qué tipo de organización procedimental debe existir para el dictado de sentencias?²³

Las presunciones en favor del *balance de poderes* y de la asignación de *derechos incontrovertibles* suponen el reconocimiento del derecho de los individuos al debido proceso (*due process*). Por su extracción anglosajona, los autores consideran que la mejor forma de asegurar esto es por medio de un sistema de juicios por jurados, en donde los ciudadanos, por la participación de sus pares, se encuentran libres del peligro que acarrea la posibilidad de una “*conspiración del sistema*” contra ellos.

²¹ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 119-120.

²² Contra la observación de que igualmente se podría violar arbitrariamente la libertad de estos sospechosos si ellos resultaran inocentes (derecho del inocente de no ser castigado, ya que la detención implica de por sí un castigo), los autores responden sugiriendo que las condiciones de la prisión preventiva sean más humanas. Ellos insinúan la opción del arresto domiciliario o de la detención en lugares acondicionados para ello (a la manera de un hotel).

²³ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 120-124.

Sostienen, no obstante lo expuesto, que en aquellas jurisdicciones en donde se han establecido dichos órganos jurisdiccionales en forma paralela a la existencia de juzgados inferiores *unipersonales*, el objetivo de un proceso breve, dinámico y económico se alcanza en mejor forma en éstos que en aquellos. Por ello es que, a la vez que alientan la consagración de la obligación del Estado de garantizar un procedimiento por jurados a quien así lo eligiere, favorecen la elección por parte del imputado del tipo de actuación a observar. Esto sería económicamente plausible debido a que, como expliqué, con la aplicación de la teoría habría menos procesos judiciales (principio de *parsimonia*).

Sin embargo, un punto basal de la exposición es la consideración del proceso como un castigo en sí mismo, fundamentado en la circunstancia de que, para muchos encartados, el tiempo que padecen detenidos sin condena es aún mayor que el derivado de ésta (con el daño lateral constituido por la pérdida de trabajo, los gastos del proceso, etc.).

Esta circunstancia (que el proceso sea el mayor castigo) no es vista en absoluto por los autores como algo intrínsecamente malo, pues, lejos de eso, ellos entienden que el juicio representa la mejor oportunidad para ejercer con el imputado el *razonamiento moral* ineluctable para que la *reprobación* y la *reintegración* tengan lugar (ya que es imposible desconocer la autoridad y el ascendiente moral y simbólico del juez).²⁴ Yendo aún más lejos, los autores alientan la posibilidad de la actuación de *trabajadores sociales* que, *antes y después* del dictado de la sentencia, corroboren que el acusado se encuentra en condiciones de *comprender* el sentido de la acción reprochable cometida, confiriéndole una posibilidad para *arrepentirse* y *disculparse* de ella (en su caso, de ofrecer una compensación a las víctimas o a sus familiares).

9) Dentro de un ámbito de discrecionalidad, ¿qué tipo de sentencias deben los jueces dictar a aquellos encontrados culpables?²⁵

Admitida la posibilidad esbozada en el interrogante 2) acerca de la estructuración de las escalas de los distintos delitos con un límite infranqueable y la inexistencia de un

²⁴ Ello sin desdeñar en absoluto la importancia de los métodos ejercitados fuera del ámbito de los tribunales de justicia, como la intervención de la policía o de los fiscales capacitados para ello. Los autores sostienen que el proceso criminal, al ser una ceremonia solemne, constituye un momento de relevante simbolismo que puede ser utilizado por el juez para favorecer la *reintegración*, la *reprobación* y la *educación moral* del reo.

²⁵ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 124-130.

mínimo, el presente versa sobre la conducta a adoptar por el juez dentro de ese margen; en definitiva, sobre las consideraciones a que debe atender al sentenciar.

Descartada la función de **rehabilitación**, en cuyo nombre se violaron en el pasado en forma flagrante los derechos de los condenados (extendiendo indefinidamente el castigo, aplicando métodos coercitivos e inhumanos sobre sus personas, etc.),²⁶ existen otras tres motivaciones principales: la **incapacitación**, la **disuasión** y la **educación moral** del delincuente. Ninguna de ellas, por lo visto antes en relación con los derechos de los agentes del sistema, puede autorizar a prolongar la condena más allá del límite establecido por ley y en la sentencia.

La función de **incapacitación** del delincuente mediante el encarcelamiento no deja de ser importante, para los autores, en aquellos casos que aquélla se justifica, como cuando se trata de los mencionados “*criminales peligrosos*”. Sin embargo, esta aplicación selectiva puede resultar arbitraria si no está elaborada de acuerdo a un patrón *incontrovertible e incontestable* (v.g., teniendo en consideración la comisión de otros delitos anteriores –reincidencia-).

En relación con la **disuasión**, los autores sostienen que no existe evidencia suficiente para respaldar la conclusión de que un nivel mayor de ésta se encuentra asociada a un nivel mayor de castigo, máxime teniendo en consideración que dichas estadísticas implican un desconocimiento de las situaciones individuales, ineficaces para el juez, por ello, a la hora de decidir.

De todas las funciones que una condena debe desarrollar, la más saliente es la de la **educación moral** del transgresor. Para ilustrar ello, nada mejor que transcribir la cita de Emile Durkheim incluida en el trabajo analizado: “*desde que el castigo constituye un reproche, el mejor castigo es aquél que pone la culpa –que es la esencia del castigo- en la forma más expresiva pero a la vez menos costosa ... pues no es cuestión de hacer sufrir al delincuente ... En vez de ello, es necesario reafirmar la obligación al momento en que fue violada, para fortalecer el sentido del deber, tanto para el imputado como para los testigos de la ofensa (aquellos a quienes ésta tiende a desmoralizar)*”.

La importancia que para los autores tiene esta función es formidable, toda vez que, para ellos, las personas no se abstienen de delinquir por considerarlo peligroso sino que lo hacen por resultarles algo erróneo, ajeno, por ser una conducta que comúnmente merece un reproche de la comunidad. Por ello es que los jueces deberían estar

²⁶ La historia demostró que pocos postulados resultaron más totalitarios que el de la rehabilitación.

compelidos, al momento de dictar una sentencia, a exponer los *lineamientos* y las *razones* que lo llevaron a elegir el castigo impuesto. La **educación moral**, entonces, es aún más importante que la **incapacitación**.

Sin embargo, para ellos existen métodos alternativos para lograr dicho resultado en mejor forma que a través de la reclusión de los criminales, como por ejemplo mediante las condenas que exponen a éstos a la comunidad (entre otras manifestaciones, por medio de trabajos comunitarios) y las que devuelven a ésta la búsqueda de la solución (en una escuela si allí se cometió la infracción, dentro de la misma familia del ofensor o en el lugar de trabajo en su caso).

Como se ve, ello implica una tarea *parsimoniosa e imaginativa* de los jueces y un grado de *permisividad* del sistema, que debe legitimar dicha actuación.

10) ¿Cómo debe ser administrada la condena por la autoridad penitenciaria y por los jueces (en relación, por ejemplo, a la libertad condicional)?²⁷

Las presunciones en favor de la *parsimonia* y el *balance de poderes* sugieren que la condena debe circunscribirse a la restricción de aquellos derechos del delincuente expresamente establecidos en la sentencia. En el caso de haberse dictado una condena de reclusión, ella debe implicar exclusivamente la privación de la libertad de movimiento, debiendo el recluso, por ejemplo, conservar el derecho político de elegir autoridades. Para los autores, es recomendable que éstos no sufran una innecesaria privación de su **n.d.**

Asimismo, se pone énfasis en la necesidad de que las autoridades carcelarias obtengan una asignación de recursos tal que les permita proporcionar una atención digna a los presos. Como señalan los pensadores en el trabajo que sigo, *no existe evidencia* que permita señalar que mediante *peores condiciones* carcelarias se logra una *mejor prevención* del delito.

Por otro lado, al contrario de lo que se deriva de un pensamiento retribucionista, el régimen de *libertad condicional* (así como las condonaciones y otras facilidades) debe ser autorizado con *criterio amplio* cuando se detecte un *cambio favorable* de las circunstancias tenidas en vista por el juez para encarcelar al ofensor. Si el fin de la teoría es maximizar la **n.d.**, lejos se estaría de dicho objetivo si, no existiendo peligro de cercenar la libertad de la comunidad, se continuara restringiendo la del delincuente.

²⁷ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pgs. 130-136.

Por último, en virtud del postulado favorable a la *reintegración* se debe fomentar la *reeducación* del reo para la vida en sociedad, facilitándole su *reinserción* en la comunidad.

II. Ejecución.

En virtud del principio de *parsimonia*, que sugiere una política de no intervención, la teoría republicana resulta susceptible de ser implementada sin provocar cambios radicales, los que, por otra parte, serían impracticables en una sociedad moderna (las que, como un fenómeno de la naturaleza, reaccionan ante ciertos estímulos intentando restaurar el equilibrio perdido). De hecho, por lo visto, la mayoría de las reformas a realizar no demandarían mayores recursos, ya que en cierta forma se trata de quitarle atribuciones al sistema, convirtiéndolo en uno más pequeño.

Ello así, la teoría aconseja poner en funcionamiento las distintas modificaciones en forma de pequeños *incrementos* (de hecho, se trata de pequeñas disminuciones), guiadas siempre por los fundamentos teóricos ya analizados. De ahí la necesidad de que ellas no incidan negativamente en la consecución de los principios de *balance de poderes*, *reintegración* y *reprobación*.

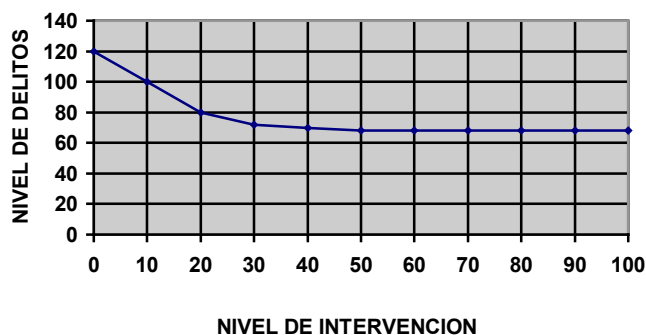
En la búsqueda de un camino para implementar estas variantes, los autores se valen de dos proposiciones (relacionadas con lo descrito al analizar el procedimiento para la asignación de recursos al sistema –ver pgs. 33-34-):

- Existe evidencia de que los cambios *marginales* en la intervención del sistema de justicia criminal *no* afectan al *nivel de delitos* (no los hace aumentar ni disminuir).
- Por su parte, existe evidencia en el sentido de que, si el sistema fuera completamente *abolido*, el *nivel* de crímenes *aumentaría*.

La conjugación de ambos los hace arribar a la conclusión de que una reducción del gasto (intervención) en el sistema no va a producir resultados adversos detectables, siempre y cuando no se transgreda el límite más allá del cual dichos resultados se harían evidentes.

Se me ocurre que las reflexiones que anteceden podrían ser graficadas, para una mejor comprensión, de la siguiente forma:

RELACION ENTRE LAS VARIACIONES DE LA INTERVENCION DEL SISTEMA Y DEL NIVEL DE DELITOS



Como señalan los autores, las reducciones (decrementos) se encuentran justificadas en virtud de que, si bien por un lado se aumentan las perspectivas de **n.d.** de aquellos otrora invadidos o sujetos a invasión por el sistema, con ello no se compromete, por otro lado, la **n.d.** de los individuos que serían víctimas de delitos que no hubieran existido en el *statu quo* anterior, pues no está comprobado que esto vaya a suceder. Para la teoría analizada, **el Estado debe intervenir sí y sólo sí existen estimaciones razonables de probabilidad que demuestran que el nivel de interferencia en la sociedad como un todo va a disminuir como resultado de dicha intervención.**²⁸

A fin de efectuar un seguimiento lo más realista posible, los creadores de la teoría proponen implementar los cambios en forma escalonada y sólo en algunas áreas jurisdiccionales de la región en cuestión (por ejemplo, en la mitad de las provincias o estados), con el fin de recoger y evaluar los resultados. En caso de que éstos sean adversos (lo que consideran muy poco probable que pueda acaecer), ellos aconsejan detener los incrementos por un lapso a fin de investigar en profundidad las causas.

Mientras existen ciertas partes del sistema en donde las *reducciones* se justifican (siempre y cuando no pongan en riesgo los derechos y la **n.d.** de los ciudadanos), como

²⁸ Philip Pettit, *The Common Mind*, pg. 320.

las de legislación, juzgamiento y policía (en ciertas materias), hay otras en las que, en cambio, es necesario introducir *incrementos* en la intervención. Dichos aumentos resultan imperiosos, para los autores, en el área de investigación contra *crímenes corporativos* (cuyos responsables, en general, escapan del alcance de la ley por tener un alto grado de poder e importantes conexiones).

TERCERA PARTE

CONCLUSION

Habiendo ya abordado la etapa expositiva, paso ahora a explorar muy brevemente algunos de los tópicos más salientes de la teoría examinada. En lo sucesivo, voy a intentar respaldar algunos de ellos y rebatir otros.

Anteriormente destacué y fundamenté la importancia (a nivel normativo y positivo) de la elección de un enfoque *comprensivo* o *estructurado* por sobre uno *parcial* (ver pg. 11). Considero acertada, asimismo, la opción en favor de la formulación de un marco teórico *consecuencialista*. Es que pienso, en forma similar a lo expuesto por los autores, que las teorías retribucionistas no han sido capaces de dar una *respuesta adecuada* a muchas de las cuestiones individualizadas anteriormente sin apelar a la consideración de un *fin* determinado.

Por ejemplo, en relación al interrogante **¿por qué castigar?**, estimo que la *teoría analizada* plantea *argumentos más ventajosos* que aquellos expuestos por los enfoques *deontológicos* tradicionales, los que (al menos en una de sus versiones) están contruidos sobre un fundamento que juzgo erróneo: *que el castigo es un valor intrínsecamente bueno*.

En esta línea de pensamiento, comparto en un todo la opinión de los autores en el sentido de que causar un sufrimiento a alguien intencionalmente no resulta una actitud elogiabile. Estimo que, a la hora de infligir un daño a una persona, resulta ineludible apelar a algún tipo de consideración ajena al castigo mismo (de otro modo se estaría cayendo en una situación rayana a la derivada de la *lex talionis*).

Por su parte, con relación a las aproximaciones efectuadas por los *neoretribucionistas* (aquellos pensadores que incorporan a su doctrina la consideración de ciertos fines) que claman por la necesidad de restaurar el equilibrio preexistente de

premios y castigos o de *beneficios y cargas*, considero que éstas *no* son susceptibles de sostener un desarrollo *coherente*, ya que, con frecuencia, la promoción de dichas metas va a vedar la posibilidad de hacer honor a los principios establecidos por el sistema. Además, como los mismos autores sugieren, el significado de estos fines es por demás impreciso, resultando con frecuencia imposible restaurar un equilibrio que pudo nunca haber existido (verbigracia, en el caso de un ciudadano pobre que roba a uno millonario, pues parten de una situación de extrema desigualdad).

Pienso, asimismo, que la *teoría republicana* se muestra superior incluso dentro del mismo campo de los discursos *teleológicos*, pues posee la suficiente *aptitud* para soslayar los inconvenientes que suscitan los enfoques como el *prevencionismo* o el *utilitarismo*, que en su formulación empírica traen aparejados ciertos aspectos de muy dudosa aceptación (la posibilidad del castigo al inocente es quizás el más manifiesto).

En relación a la cuestión **¿a quién castigar?**, creo que la doctrina estudiada parece aproximarse al denominado *retribucionismo negativo*, ya que, como expuse anteriormente, ella destaca la necesidad de que el castigo *no sea mayor* que el crimen cometido (de hecho, propone la configuración de un marco legislativo que prevea un máximo y la inexistencia de un mínimo en las escalas de los delitos) y que los inocentes *no sean castigados*. La diferencia que a mi entender inclina la balanza a favor de la teoría republicana es que ella provee al sistema de un *fin* cuya satisfacción le otorga un significado, fin del que obviamente carece la otra. En ciertas oportunidades, la consecución de la meta elegida va a aconsejar un *comportamiento clemente y misericordioso* por parte del Estado, actitud que valoro por resultar, bien utilizada, una herramienta de gran poder disuasivo.

La diferencia es en cambio más considerable con relación a los *retribucionistas positivos*, los que, como se explicó, postulan la necesidad de castigar a *todos* los culpables en un grado de intensidad *no menor* que la ofensa causada. En línea con lo expuesto en el párrafo anterior y lo sostenido por los autores, creo que tal actitud conlleva un grado de rigidez tal que puede transfigurar a un sistema de justicia criminal, tornándolo en *opresivo y totalitario*. Un régimen en el cual *todas* las faltas cometidas sean perseguidas y castigadas revela una notable *carencia* de la *tolerancia* y la *flexibilidad* que en ocasiones son necesarias para tratar adecuadamente con la criminalidad. Es que, con frecuencia, los principios de la *reprobación* y la *reintegración* van a resultar mejor

protegidos mediante la ausencia de castigo o la instauración de algún mecanismo informal de reproche.

Por su parte, apoyo la opinión de los autores en el sentido de que un sistema construido bajo tales premisas resulta una *entelequia*, pues resulta materialmente imposible de llevar a la práctica (los costos presupuestarios derivados de su ejecución serían inimaginables, las cárceles estarían llenas). Pretender, en una sociedad moderna, perseguir y castigar *todos* los comportamientos criminales observados constituiría un dislate imposible de llevar a cabo, por lo que la elección de un criterio adecuado de preferencia resulta imperioso.

Un sistema semejante nunca existió en la realidad ni va a existir jamás. De hecho, en todos los países del mundo se seleccionan sólo algunas de las denuncias recibidas o de las irregularidades observadas a fin de su prosecución. La *ventaja* de la *teoría examinada*, en oposición a la retribucionista, es que proporciona un *criterio válido* para dicha *selección*.

Por último, al estudiar las teorías retribucionistas tradicionales nos encontramos ante un vacío como toda respuesta al interrogante **¿cómo castigar?** Estos planteos, como expliqué, nos enseñan en forma diáfana *por qué* y *a quién castigar* (fundamentos de la pena), pero no lo hacen en relación con la *naturaleza* ni a la *intensidad* de dicho castigo.

En relación al *primero*, los retribucionistas no proveen de argumentos serios para postular que un tipo de castigo es preferible a otro –v.g., la cárcel antes que una multa– (lo que lo enfrenta a graves problemas de aplicación en ocasiones en que no resulta posible responder con la *lex talionis* propuesta por los antiguos pensadores). Como expuse antes, la teoría republicana, en cambio, es capaz de dar una adecuada réplica a esto.

A la vez, considero que el republicanismo propone, de la mano de su fin de la **libertad como no dominación (dominion)**, una serie de criterios para mensurar la *cantidad* de castigo a infligir (ver *supra*) que el retribucionismo no es capaz de igualar. Esto es así pues estas teorías deontológicas no resultan viables a la hora de “calibrar” el merecido castigo. Por su importancia, creo necesario transcribir la clara opinión de los autores analizados: “*aún si aceptáramos que resulta razonable asignar la mínima pena posible al menor crimen posible y limitar la escala de penalidades a algunos días de prisión, la decisión de cuál va a ser la mínima condena posible tiene dramáticas implicancias ... en la jurisdicción A, la sentencia mínima de prisión es de un mes; en la*

*jurisdicción B es de un día ... Supóngase que el robo a mano armada con violencia merece una escala 300 veces más seria que el menor crimen concebible. En jurisdicción B, esto significa que el robo a mano armada con violencia va a merecer 300 días; en jurisdicción A, 25 años.”*¹

Lo dicho, entonces, me basta para sustentar los argumentos principales de la teoría republicana. Esta construcción, aun cuando resulta fruto de un pensamiento consecuencialista, no presenta la *vacuidad* de la que adolecen otras de sus exposiciones. La teoría examinada *no* se agota en la *ciega procura* del *fin* elegido, tratando a los ciudadanos como meros *medios* (ver *supra* sentencia de Kant). Al contrario, los autores valoran la necesidad del respeto a los ciudadanos, mediante una *postura ecléctica* que reconoce una serie de principios o derechos infranqueables. Nada empuja a la consecución del fin seleccionado, siempre que dichos límites se obedezcan.

Creo aquí pertinente efectuar algunos comentarios acerca del *fin escogido* por la teoría **–libertad como no dominación–**. Debo, en primer lugar, poner de manifiesto mi comunión con dicha concepción de la libertad, la que acepta y favorece la *libre interacción* de los agentes en el marco de una sociedad en tanto y en cuanto ésta no constituya una situación de sujeción arbitraria de una parte por otra (compuesta por uno o mas agentes). Asimismo, valoro que los autores hagan hincapié en la necesidad de construir un *orden jurídico* que sirva como *promotor* de dicha *libertad*, asegurada mediante un Estado que a través de su mesurada intervención disminuya el nivel de interferencia indeseable en la comunidad.

Sin perjuicio de lo visto, entiendo que la exposición del fin de la **libertad como no dominación** adolece de ciertas falencias que resulta pertinente destacar. El defecto más importante que observo es que el concepto resulta algo *vago*. De la lectura del presente trabajo puede fácilmente colegirse que el fin de la **libertad como no dominación** trae aparejado una dimensión subjetiva, faceta a la que los autores prestan gran atención. Pese a que con frecuencia interpretar y catalogar el alcance de esta dimensión va a ser una tarea sencilla, pienso que en ciertos casos ello va a resultar una empresa ardua, pues al valorar su contenido es necesario no confundirla con lo que

¹ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pg. 179.

puede ser un capricho de un agente o una consideración que no haga a dicha libertad en sí.

Por otro lado, pienso que el significado práctico de la denominada **libertad general** no resulta del todo transparente, ello aún teniendo en cuenta que el enfoque analizado se enmarca dentro de lo que comúnmente se entiende por una *teoría social*. Es que, a la hora de confrontar las diferentes *perspectivas de libertad* de los agentes del sistema a fin de fomentar y privilegiar el logro de un grado mayor de ellas, no percibo en toda su extensión cuál va a ser la *herramienta de medición* que permita establecer, por ejemplo, si una acción o una decisión a adoptar va a atender o no contra ello (máxime tomando en consideración la dimensión psicológica de la que antes hablara). De todas maneras, creo que en todo caso éste es un problema común a otras manifestaciones consecuencialistas (verbigracia, el utilitarismo).

Considero que estos argumentos, tal como hoy se encuentra expuesta la teoría, *no* resultan *superfluos* ni fácilmente *refutables*, por lo que estimo sería deseable que pudiera circunscribirse un poco más el campo de significación del *valioso* fin escogido.

Dejando de lado las objeciones recién planteadas, un aspecto destacable de la teoría analizada es que, de la mano de su objeto de la **libertad como no dominación (n.d.)**, complementado con los postulados en favor de un criterio *parsimonioso* que privilegie la *reprobación* y la *reintegración* (del delincuente y de la víctima), siempre respetando el *balance de poderes*, provee una contestación adecuada a varios interrogantes delicados, entre ellos el de **qué delitos investigar y juzgar**.

Comparto, asimismo, el énfasis puesto sobre la *educación moral* del delincuente y de los ciudadanos en general, fomentada mediante la instrumentación de *instituciones deliberativas* que “*modelen*” la conducta cívica de los ciudadanos a la manera de una “*mano intangible*” (opuestas a las diseñadas por el pensamiento liberal clásico, cuyo paradigma se encuentra representado por la “*mano invisible*” del mercado).² Creo que, sin restarle importancia a otras medidas igualmente relevantes, el fin de la *educación moral* de los ciudadanos dentro y fuera del sistema de justicia criminal constituye uno de los medios más significativos para *prevenir* la futura comisión de delitos. El argumento esgrimido por los autores al desarrollar este punto no es nada *trivial*: **el ciudadano común se abstiene de delinquir sólo porque tal tipo de comportamiento le resulta**

² Ver Nino, Carlos Santiago, ob. cit., pgs. 154 y sgts.

inconcebible, inimaginable (en virtud de que frecuentemente merece un reproche), no porque el balance de beneficios y pérdidas lo torne desfavorable.

Sin embargo, sería importante que los autores acotaran un poco más el alcance de esta *educación moral*, explicitando en qué consiste ella y cómo se pretende lograr, aspectos que no quedan claramente elucidados.³

El nudo gordiano de la teoría *no* se plantea en el campo *normativo* sino en el *positivo*. Como expliqué, los autores proponen implementar las medidas sugeridas mediante un sistema de *reducciones graduales* cuyo hipotético resultado desfavorable se compense con la aplicación de los medios alternativos de castigo alentados y con la función de reeducación. Sin embargo, como es de imaginar, es dable que dicho proceso insuma un lapso prolongado de tiempo hasta que se produzcan resultados apreciables. La dificultad reside en la circunstancia de que durante ese lapso la población puede, legítimamente, sentirse desprotegida y expuesta a la delincuencia, generando un *temor colectivo* que, en última instancia, puede llegar a minar en gran medida la **libertad** de los ciudadanos.

Entiendo que el argumento recién expuesto no resulta nimio ni superfluo si se considera la importancia que la faz subjetiva tiene en la configuración de la **n.d.**, con mayor razón teniendo en cuenta la alta sensibilidad que impera en la población de nuestro país en el momento de escribir estas líneas. Incluso, creo que podría llegar a plantearse el dilema de considerar a la teoría examinada como partidaria de una postura de *mano blanda* (sólo mediante un análisis liviano podría sostener esto), dando lugar al oportunista de turno para que postule una vuelta a la *mano dura*. Como se ve, el tema es de gran actualidad.

Sin embargo, estos aspectos sombríos no deben llevar a descartar la teoría. Al contrario, ella plantea, a mi modo de ver, un gran desafío a largo plazo a una sociedad que pretenda sostener un compromiso serio con el respeto a sus ciudadanos. Tal como se puntualizó, el enfoque exige un drástico cambio de mentalidad de los agentes que componen el sistema e incluso de los que son ajenos a éste, quienes deben tomar a su cargo la responsabilidad de generar mecanismos informales de censura (una vez más, la educación juega aquí un papel prominente).

En suma, entiendo que la teoría republicana constituye un enfoque bien intencionado que viene a llenar el vacío dejado como consecuencia del colapso sufrido por las exposiciones consecuencialistas previas. Lejos de postular un apego extremista a la promoción del bien elegido, los autores introducen una cuota de eclecticismo que la hace *respetable, estable y saciable*. Como ellos sostienen, *“igual que el retribucionismo, nuestro enfoque apoya el castigo. Pero no el castigo puro, originario; no todos los castigos, no sólo el castigo.”*⁴

³ Por ejemplo, explicando en qué se diferenciarían de los planteos de autores como Piaget o Colbert, los que tienen un alto contenido principista.

⁴ John Braithwaite and Philip Pettit, ob. cit., pg. 209.

BIBLIOGRAFIA

- BERLIN, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.
- BONESANA, Cesar (Marqués de Beccaria), *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1993.
- DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, gedisa editorial, 1992.
- DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Barcelona, editorial Planeta-Agostini, 1993.
- FUCITO, Felipe, *Sociología del Derecho, El Orden Jurídico y sus Condicionantes Sociales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1993.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal (parte general)*, Madrid, Bosch Casa Editorial, 1981.
- MAQUIAVELLO, Nicolás, *El Príncipe*, Buenos Aires, Proyectos P&J, 1994.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Ariel, 1962.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barón de, *Del Espíritu de las Leyes*, Madrid, Editorial Tecnos, 1995.
- NINO Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, gedisa editorial, 1997.
- PETTIT, Philip y BRAITHWAITE, John, *Not Just Deserts, A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford University Press, 1990.
- PETTIT, Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, 1997.
- PETTIT, Philip, *The Common Mind, An Essay on Psychology, Society, and Politics*, Oxford University Press, 1996.
- PETTIT, Philip, *Freedom as Antipower*, Ethics 106 (Abril de 1996); pgs. 576-604.
- RABOSSA, Eduardo A., *La Justificación Moral del Castigo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1976.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1963.

BIBLIOGRAFIA

BONESANA Cesar (Marqués de Beccaria), *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1993.

DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, gedisa editorial, 1992.

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Barcelona, editorial Planeta-Agostini, 1993.

FUCITO, Felipe, *Sociología del Derecho, El Orden Jurídico y sus Condicionantes Sociales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1993.

HOBBS, Thomas, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal (parte general)*, Madrid, Bosch Casa Editorial, 1981.

-
- MAQUIAVELLO, Nicolás, *El Príncipe*, Buenos Aires, Proyectos P&J, 1994.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Ariel, 1962.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barón de, *Del Espíritu de las Leyes*, Madrid, Editorial Tecnos, 1995.
- NINO Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, gedisa editorial, 1997.
- PETTIT, Philip y BRAITHWAITE, John, *Not Just Deserts, A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford University Press, 1990.
- PETTIT, Philip, *Republicanism, A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, 1997.
- PETTIT, Philip, *The Common Mind, An Essay on Psychology, Society, and Politics*, Oxford University Press, 1996.
- PETTIT, Philip, *Freedom as Antipower*, *Ethics* 106 (Abril de 1996); pgs. 576-604.
- RABOSSA, Eduardo A., *La Justificación Moral del Castigo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1976.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1963.

