

No Sólo Merecimiento, Aun al Sentenciar*

John Braithwaite y Philip Pettit**

En *No Sólo Merecimiento: Una Teoría Republicana de la Justicia Penal*, tratamos de establecer qué visión general del sistema de justicia penal sería apoyado por una filosofía republicana¹. Exploramos la forma que adoptaría un sistema de justicia penal si estuviera organizado para promover el objetivo de la libertad republicana. Definimos este objetivo como el de gozar de dominio. Argumentamos que es necesario pensar exhaustivamente sobre la forma que debería adoptar un sistema de justicia penal y que, en esta empresa, la aproximación republicana resulta de utilidad. En particular, argumentamos que este enfoque puede servirnos más que cualquier otro orientado por fines, como el utilitarismo, y también más que otro construido alrededor del límite de sólo asegurar merecimiento: aplicar un castigo proporcional a la gravedad de la ofensa y la culpabilidad del delincuente.

Son muchos los elementos a tomar en cuenta en el diseño del sistema de justicia penal. Ellos incluyen cuestiones que tienen que ver con qué debería criminalizarse, qué lineamientos deberían regir la vigilancia policial, qué iniciativas deberían ser posibles para perseguir a los delincuentes, qué procedimientos deberían seguirse en el proceso y el juzgamiento, y qué sentencias deberían imponerse para los delitos previstos. En nuestro libro argumentamos que es importante considerar cómo debería responder el sistema a todos estos desafíos, y no concentrarse sólo en uno de ellos, lo que conduce a que la respuesta en otras áreas ya esté fijada. El problema de concentrarse sólo en un área es que cualquier iniciativa que se tome en una parte del sistema de justicia penal tendrá propensión a impactar en otras partes del sistema. Argumentando en esta línea, nos centramos, particularmente, en el llamado “enfoque del merecimiento”. Esta manera retributivista de pensar tiende a concentrar la atención exclusivamente en la cuestión de qué sentencias imponer para diferentes delitos.

En una reciente respuesta a nuestro libro, dos destacados retributivistas –Andrew von Hirsch y Andrew Ashworth–²sostuvieron que –independientemente de lo que pueda decirse a favor de pensar de manera global en el sistema de justicia penal (y expresando

* Traducido por Yamilé Nadra

** Philip Pettit es profesor de Teoría Social y Política. Facultad de Investigación en Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Australia (ANU), Canberra. John Braithwaite es Profesor. Facultad de Investigación en Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Australia (ANU), Canberra.

¹ Braithwaite, J. y Pettit, P., *No Sólo Merecimiento. Una Teoría Republicana de la Justicia Penal (Not Just Desserts: A Republican Theory of Criminal Justice)*, 1990, OUP (Edición Rústica, 1992).

² *No Sólo Merecimiento: Una Respuesta Braithwaite y Pettit* (1992). Oxford Journal of Legal Studies 83-98.

algunas dudas al respecto, no respaldadas con información)– la teoría republicana que proponemos es insatisfactoria en el área de políticas sobre sentencias. Sugieren que en nuestra teoría –como en otras teorías orientadas por fines, o consecuencialistas– los tribunales deberían pronunciar sentencia de la forma en que más beneficie al conjunto de la sociedad, incluso si al hacerlo expresan indiferencia con respecto al grado de culpa del delincuente o, más aun, al grado de sufrimiento de la víctima. Ellos quieren decir que, desde el enfoque republicano, la condena de un delincuente provee a los tribunales de una licencia para mirar hacia el futuro y tratar de optimizar resultados, descuidando la naturaleza del delito para el cual se busca que la sentencia sea una respuesta. “Lo que, por lo tanto, sigue siendo problemático para la teoría del “dominio [republicano]” de los autores son sus aspectos prospectivos y agregativos. Estos aspectos parecen dar licencia para castigar en cualquier circunstancia, y hasta el punto en que la ganancia neta en dominio de las víctimas exceda la pérdida de dominio de los castigados”³.

Entonces, la crítica contra nosotros es que, pese a cualquier cosa que digamos en contrario, la lógica de la posición republicana apoya una política para dictar sentencias que da una licencia para optimizar resultados. Este trabajo es un intento de mostrar que eso no es así, desarrollando en mayor detalle la política para sentenciar que está implícita en la aproximación republicana. El trabajo introduce nuevos desarrollos en nuestra manera republicana de pensar, aunque completamente en línea con el espíritu del libro.

El trabajo se compone de cinco secciones. En la primera describimos el objetivo del dominio republicano, introduciendo una ligera variación sobre la presentación hecha en nuestro libro. En la segunda, caracterizamos al delito como la negación del dominio; en la tercera sección, describimos a las sentencias y al castigo como intentos de rectificar esta negación del dominio. En la cuarta, describimos en líneas generales lo que es probable que esa rectificación requiera en la práctica republicana. Finalmente, en la última sección, comparamos la rectificación que apoyaría una teoría republicana con la retribución defendida por los teóricos que ponen el acento sólo en la cuestión del mérito.

1.- EL DOMINIO REPUBLICANO

Lo primero que puede decirse acerca del ideal republicano de dominio es que busca articular la noción de libertad que fue dominante en la tradición republicana desde la época de los romanos, y a través de las filosofías republicanas desarrolladas en las repúblicas italianas del norte a fines de la Edad Media, en el transcurso de la Guerra Civil Inglesa, y en el desarrollo del pensamiento político inglés y estadounidense que subyació a la Revolución Estadounidense a fines del siglo XVIII⁴. Como han enfatizado

³ Idem. en 87.

⁴ Ver arriba (Nota 1) en el capítulo 5, para un abreviado recuento de estos desarrollos y para una referencia a la importante escuela histórica de figuras como John Pocock y Quentin Skinner. Ver también

estudios recientes, en esa larga historia, la libertad fue conceptualizada como el status social que goza quien no es un esclavo y, de manera más general, quien está tan protegido por las leyes y cultura de su comunidad que no tiene que depender del favor o la piedad de otro para poder hacer elecciones libres. Conforme con esta tradición de pensamiento sobre la libertad, la esencia de la libertad consiste en el bien negativo de que otros no interfieran con uno. Aunque la noción republicana de libertad era negativa en ese sentido, ella enfatizaba de modo natural que la libertad requiere de apoyo contra la interferencia, y el status de estar evidentemente protegido, que se corresponde con la ciudadanía en una sociedad gobernada adecuadamente; en una sociedad donde existe el estado de derecho y el poder es sistemáticamente controlado.

Esta noción republicana de la libertad fue desplazada de los círculos liberales del siglo XIX por una concepción de libertad negativa en la que lo principal pasó a ser el evitar la interferencia, y no el disfrutar de la seguridad y el status de estar protegido contra una posible interferencia. Todos los liberales del siglo XIX estaban concentrados, de una forma u otra, en argumentar a favor de un levantamiento en las restricciones gubernamentales sobre el comercio. Consideramos que en el curso de este debate, invocaron el lenguaje de la libertad –el lenguaje del libre comercio– y al hacerlo llegaron a pensar en la libertad más y más como la condición negada bajo cualquier forma de restricción, incluyendo la restricción del derecho, y no como la condición opuesta primariamente a la del esclavo. Bajo la más antigua tradición republicana, ser libre era disfrutar de un status constituido, en su mayor parte, por la protección y el reconocimiento de la ley. Bajo la forma más nueva de pensar, aunque con algo de renuencia y alguna confusión de las cuestiones, la libertad apareció como una condición que se ve comprometida a partir de cualquier interferencia de otros, incluso las interferencias implicadas en el establecimiento de una ley protectora - una condición que se disfruta plenamente aislado de otros y no en sociedad. La libertad republicana era la libertad de la ciudad, la franquicia de estar incorporado y protegido, al igual que todos los demás, contra la invasión; la libertad liberal terminó conceptualizándose como la libertad contra la desolación; la libertad del estado de naturaleza, que siempre disminuye en alguna medida a través de la participación en la comunidad.

Quizás la mejor manera de articular el ideal republicano de libertad –el ideal de dominio, como lo llamamos nosotros– es decir que, mientras que el dominio perfecto requiere la no interferencia de otros –cualquiera sea la manera en la que entendemos interferencia– también requiere de otros dos elementos. Primero, que la no interferencia se disfrute no sólo por una contingencia, sino en virtud de la máxima protección posible para cualquiera, a través de la ley e instituciones afines. Y segundo, si necesita ser agregado, que sea manifiesto para todos en la sociedad –en particular para la persona que la disfruta– que la no interferencia es, sobre todo, de carácter resistente y seguro. El dominio es un status social que sólo se encuentra disponible dentro de las comunidades,

que tiene un lado objetivo y otro subjetivo. Objetivamente, es una condición de no interferencia resistente; subjetivamente, es una condición de no interferencia resistente y saliente.

La noción de resistencia requiere alguna aclaración. Imagine dos pelotas que ruedan en línea recta por un sendero. Suponga que mientras ruedan en línea recta en las mismas condiciones –por ejemplo, de acuerdo a las nociones de la mecánica newtoniana– hay, sin embargo, una diferencia entre ellas. A lo largo del sendero de una de las pelotas hay postes, como los de un *pin-ball*, que tienen dos propósitos: tienden a reducir el efecto de cualquier fuerza que pueda desviar la pelota de su curso y, si fallan en esto, tienden, en breves instantes, a devolver la pelota a su curso recto original. La diferencia entre estas pelotas es que, mientras que la pelota no protegida rueda en línea recta por casualidad, la otra pelota rueda en línea recta de manera resistente a las interferencias. No sólo mantiene su curso en línea recta en el mundo real, donde no se le imprime fuerza alguna. También mantiene ese curso, o tiende a retornar a él, cuando se dan eventualidades –en mundos posibles–, cuando aparecen fuerzas perturbadoras.

La analogía debería ser clara. Una persona que goza de la no interferencia, pero no lo hace de manera resistente, vive a la merced de aquellos que puedan querer interferir. Si hubiera alguien que intentara interferir, o al menos alguien que tuviera el poder suficiente para hacerlo, la persona estaría completamente indefensa ante él. Por otro lado, la persona que goza de una no interferencia resistente, está más o menos protegida contra los ataques del potencial interferente. Si alguien intentara interferir, la ley, u otras instituciones de protección –estos apoyos corresponderían a los de los postes del *pin ball*– actuarían, idealmente, para bloquear esa interferencia, o al menos, para hacer cesar la interferencia; más aun, proveerían la compensación requerida –asumiendo que alguna es posible– para restaurar a la persona a sus status original.

Debería ser obvio por qué el dominio es un ideal que alguien puede encontrar valioso, y un objetivo atractivo para promover desde el punto de vista de las instituciones sociales. El goce del dominio significa que una persona puede mirar a otras directamente a los ojos, consciente de que no depende de su piedad o su gracia para vivir una vida sin impedimentos. Como ellos, más aun, en igualdad de condiciones que ellos, está más o menos asegurado contra cualquier mal que los demás le deseen. Como ellos, y en igualdad de condiciones que ellos –ésta es una cuestión determinada por el público conocimiento–, goza de un status socialmente reconocido, así como de la condición objetivamente reforzada, de estar protegido contra la interferencia.

Anticipando lo que es esencialmente la concepción liberal de la libertad negativa, Thomas Hobbes sugirió que un residente de la Lucca republicana, protegido por la ley, no podría disfrutar de más libertad que uno en la despótica Constantinopla. Si disfrutaban del mismo grado de no interferencia -aunque uno por la resistencia evidente y el otro por la buena fortuna- entonces, para Hobbes, ellos son igualmente libres. El atractivo de la idea de dominio es que articula la diferencia manifiesta en la condición de estas dos

personas. Pueden disfrutar del mismo grado de no interferencia, pero sólo el residente de Lucca disfruta de la libertad, en el sentido verdadero y republicano de no interferencia evidente y resistente⁵.

2.- EL DELITO COMO LA NEGACIÓN DEL DOMINIO

Toda la criminología normativa está concentrada en caracterizar al mal inherente en el delito: esto es, inherente en la perpetración de aquellos actos que deberían ser criminalizados a la luz de esa criminología. El utilitarismo considera al delito como opuesto a la felicidad, el retributivismo lo ve como la transgresión de ciertos límites – por ejemplo, una ofensa contra los derechos de la víctima– y las aproximaciones liberales clásicas lo perciben como una interferencia directa, como el producir un daño a otro. Es importante que una criminología normativa sea capaz de ofrecer una caracterización singular del mal del delito, puesto que esa caracterización será luego la base de la discusión acerca de cuáles serían las medidas ideales que los tribunales deberían adoptar para el castigo de los delincuentes condenados.

De modo que, ¿cómo debe describirse “delito” en la teoría republicana? ¿Qué mal representa de manera singular en la economía de la libertad republicana? Nuestra respuesta es que la clase de actividad que llega a contar como delito bajo una administración republicana –y esto puede no coincidir con lo que se considera delito en nuestras sociedades reales– siempre representará una negación del status de dominio. Más específicamente, implicará un desafío negativo tanto al status de dominio de la víctima o víctimas como a la administración de dominio existente en toda la comunidad. No todo desafío al dominio contará como delito, porque –como sostuvimos en *No Sólo Merecimiento*– si algo tiene que ser criminalizado, ello debe ser la clase de desafío que pueda ser criminalizada con ganancia, es decir, no debe ser la clase de desafío cuya criminalización sea susceptible de causar más mal que bien. Pero aun si no se criminalizaran todos los desafíos al dominio, todo delito constituiría un desafío, y esto es lo que lo convierte en algo singularmente objetable para el republicano.

Hay dos aspectos de la negación del dominio de la víctima que se presentan en el delito. Primero, todo acto delictivo contra un individuo supone un desinterés por el dominio de esa persona, pasar por alto su status como ciudadano protegido –más aun, evidentemente protegido– contra la inteferencia. Si alguien comete un delito contra una persona, entonces su acto declara la vulnerabilidad de la víctima con respecto a la voluntad del criminal. El acto del delito anula ese estado; equivale a la afirmación de que el status es vacío: esto es, nada en sí mismo, o que el individuo no es verdaderamente dueño de ese status.

⁵ Sobre las afirmaciones de Hobbes, y la respuesta de la figura republicana contemporánea, James Harrington. Vea Nota 1 en 59.

Describimos este primer aspecto del mal hecho por un delito como el desinterés por el dominio de la víctima. Si bien todos los crímenes suponen desinterés por el dominio, muchos crímenes también tienen un segundo aspecto negativo. Si tienen éxito –si el intento delictivo no es frustrado– estos crímenes tenderán a disminuir –e incluso a destruir– el dominio de la víctima. Destruir el dominio de una persona implicará

despojarla de él, como en un secuestro o en un asesinato. Disminuir el dominio de alguien implicará reducir la gama de actividades sobre las que se ejerce el dominio. Por ejemplo, tomar parte de la propiedad de las personas o atacarlas físicamente implicará disminuir su dominio: se estará socavando cierto ejercicio del dominio que podrían haber buscado.

Volviendo a la metáfora de las pelotas que ruedan en línea recta, podemos identificar analogías de la disminución y la destrucción del dominio. Piense en la pelota como compuesta por pequeñas partículas: como una constelación de tales partículas que se mueven como un todo a lo largo de la línea recta. La analogía de la disminución del dominio se dará cuando algunas de esas partículas se desvíen fuera de la línea recta de manera indefinida. La analogía de la destrucción del dominio se dará cuando se fuerza a toda la pelota, a toda la constelación de partículas, a desviarse indefinidamente de la línea recta. Los casos son fáciles de representar:

Esto es lo que puede decirse acerca del mal que un delito produce a la víctima. Todo delito también tenderá a hacer un mal a la comunidad en su conjunto; afectará no sólo el status de dominio de la víctima, sino toda la dispensa de dominio establecida en la sociedad. Como sabemos, gozar de dominio es gozar de una vida sin impedimentos, con resistencia evidente. Todo acto delictivo supone un desafío al dominio de las personas en la sociedad como un todo –no sólo un desafío a la víctima. Esto es así porque, con todo acto delictivo, se vuelve menos claro para todos que ellos también tienen una no interferencia evidentemente resistente. La mejor prueba de la resistencia con la que gozo mi vida sin impedimentos es la resistencia con la que otros gozan de la suya. Cuando reconozco los crímenes que se cometen contra otros –especialmente cuando las quejas de las víctimas de esos crímenes no son tomadas en serio o atendidas–, las bases que me permiten creer que disfruto de una no interferencia resistente resultan minadas. Mi dominio es puesto entonces en peligro. El dominio es un bien cuyo goce por cualquiera es altamente sensible a la evidencia de su goce por otros. Si se deja que el dominio de alguien sea desdeñado, disminuido o destruido, el dominio de los otros quedará por ese medio reducido en la medida correspondiente. A veces se dice, de manera controvertida, que uno no puede ser una persona justa en una sociedad injusta. Lo que no debería ser controvertido es que uno no puede disfrutar del dominio, uno no puede disfrutar de la vida sin impedimentos que provee el estado de derecho y que se

asocia con las instituciones, en una sociedad donde el dominio de otros es sistemáticamente desdeñado, disminuido o destruido.

Una calificación: La sensibilidad distributiva del dominio –como podríamos describirla– se logra con respecto a grupos de individuos en los que cada uno se ve como relevantemente intercambiable con los otros. Debe sucederle a cada uno que, viendo a otro en dificultades –en particular, viendo a otro sufriendo una interferencia criminal– pueda pensar: “esto bien pudo haberme pasado a mí.” Asumimos que esta condición de intercambiabilidad generalmente se produce en las sociedades democráticas modernas, aunque pueda estar de alguna manera debilitada por divisiones como las propias de la clase social. Asumimos que en esas sociedades no existe una división equivalente a aquella que pudo haber separado a la clase de los ciudadanos de la clase de los esclavos, en comunidades previas a una persuasión republicana.

Para resumir, cada acto que los republicanos consideran delictivo representa un desafío tanto para la víctima o víctimas individuales, como para la comunidad en su conjunto. El delito desdeña el status de dominio de la víctima y puede disminuir o destruir su dominio. Y el delito siempre hace algo para poner en peligro la dispensa general de dominio del que disfruta la sociedad en su conjunto.

3.- RECTIFICANDO LA MALDAD DEL DELITO

Si pensamos que todo acto delictivo equivale, de estas formas, a una negación del dominio, ¿qué deberíamos esperar que hagan los tribunales con el delincuente condenado? ¿Qué se requerirá como respuesta en la dispensa del dominio republicano? ¿Qué se requerirá si el sistema debe promover el goce del dominio republicano sobre todo lo demás?

Asumimos que, bajo una dispensa republicana, debería asignarse roles e instituciones limitados dentro del sistema a las instituciones de la justicia penal. Ninguna institución debería tener las instrucciones globales de hacer todo lo que pueda para promover el dominio republicano. Asumimos, en particular, que los tribunales penales deberían tener instrucciones limitadas para sentenciar: que, al responder ante delincuentes condenados, su trabajo debería ser especificado en términos no globales. Mencionamos varias razones para la adopción de esta línea de pensamiento –tan poco controvertida– en *No sólo Merecimiento*: la principal consideración es que si cualquier institución tuviera la discreción que requieren las instrucciones globales, la gente sería particularmente vulnerable a sus decisiones, y eso impactaría negativamente en su goce del dominio.

Entonces, ¿Cómo vamos a hacer para establecer estas instrucciones limitadas dirigidas a los tribunales penales? Dado que el delito representa una cierta clase de daño al dominio, dado que el daño producido por el delito es al menos parcialmente remediable –volveremos sobre este punto más adelante– y dado que la tarea del sistema en conjunto es la de promover el dominio, hay una respuesta se vuelve particularmente evidente.

Ella es que el trabajo de sentenciar de los tribunales es el de tratar de rectificar o remediar el daño causado por el delito. La rectificación será la manera natural en la que un cuerpo que dicta sentencias contribuye al proyecto consecuencialista republicano.

¿Qué supondrá tal rectificación? Para pensar en esta cuestión es útil considerar, por turnos, la rectificación que se requiere para un acto que desdeña el dominio de alguien; la que se requiere frente a un acto que disminuye o destruye el dominio de alguien; y finalmente, la requerida para un acto que tiene el efecto de poner en peligro la dispensa del dominio del que gozan todas las personas. Consideramos estos asuntos en esta sección en un nivel muy abstracto y sólo con respecto a lo que idealmente debería ocurrir. En la próxima sección, trataremos de proveer una interpretación más realista y concreta de la respuesta indicada.

Si estamos interesados en promover el dominio, y nos preocupa el desprecio que un delincuente ha mostrado con respecto al dominio de alguien, ¿qué es lo que idealmente deberíamos buscar para remediar el desprecio, para arreglarlo? Claramente, deberíamos querer que el delincuente retire la afirmación implícita que ha hecho, de que la víctima no disfrutaba del dominio que su crimen vino a desafiar. Deberíamos querer que el delincuente reconozca el status de dominio de la víctima, y que lo haga con credibilidad y contrición. El acto de reconocimiento no puede anular el desprecio previo a menos de que sea creíble para la víctima y para la gente en general: las palabras pueden costar muy poco. Y no pueden anular el desprecio si no están acompañadas por arrepentimiento del delito. Pero dado el creíble y contrito reconocimiento del dominio de la víctima por parte del delincuente –cualquiera sea la forma en la que esto se asegure en la práctica– es difícil ver qué más podemos buscar para remediar el desprecio. Tal acto de reconocimiento representaría todo lo que es posible hacer para rectificar el pasado desprecio.

¿Qué sucede si el acto delictivo no sólo desdeña el status de dominio de la víctima, sino que también lo disminuye o lo destruye? Intuitivamente, en este caso, para remediar el delito no va a ser suficiente con que el delincuente exprese un reconocimiento creíble y contrito del status de dominio de la víctima. Obviamente, se necesita algo más.

Trabajando, como estamos, en un nivel abstracto y en relación solamente a lo que es posible idealmente, la dimensión extra de la respuesta que es necesaria puede ser descrita como una recompensa por el daño hecho al dominio del individuo. Caracterizamos la disminución y la destrucción del dominio con la analogía de la metáfora de las pelotas que ruedan en línea recta. Podemos caracterizar lo que, idealmente, supondría la recompensa con analogías correspondientes. La recompensa por la disminución del dominio supondría algo análogo a que la parte de la constelación de partículas que fuera desviada, vuelva a reunirse con el conjunto que va en línea recta. La recompensa por la destrucción del dominio supondría algo análogo a que el conjunto sea devuelto a su curso, para volver a rodar sobre la línea recta original. Las analogías son fácilmente representables:

Hemos estado considerando qué deberían hacer los tribunales en respuesta al desdén del dominio individual y la disminución o destrucción de ese dominio, que supone un acto delictivo. Debemos considerar, finalmente, cuál sería la respuesta ideal de los tribunales ante el acto delictivo que pone en peligro el dominio de la sociedad en su conjunto.

Este aspecto del mal del delito tiene sobre todo una significación subjetiva, una significación en el plano de la conciencia. El hecho del delito –en particular, el hecho de un delito exitoso– habrá minado la evidencia con la que otros individuos disfrutaban de su interferencia resistente, si es que la disfrutaban. ¿Qué se requiere, entonces, del delincuente convicto, para enmendar este mal particular? La respuesta, sugerimos, es que la corte debería buscar medidas contra el delincuente, u obtener de él una respuesta, que sean capaces de reasegurar a todos aquellos cuyo dominio ha sido reducido por su delito. Tenemos una tercera “R” –reaseguro– para agregar a los elementos ya mencionados. Para dictar sentencia con respecto al delincuente condenado, parece que los tribunales deberían buscar el *reconocimiento* del delincuente del status de dominio de la víctima, la *recompensa* por parte del delincuente por el daño que pueda haber causado y la clase de *reaseguro* que pueda remediar, para la comunidad, el impacto negativo del delito en el goce de su dominio.

Al principio de esta sección, mencionamos que nuestra discusión sería inicialmente abstracta e idealizada. Las nociones de reconocimiento, recompensa y reaseguro son abstractas al punto de que pueden ser más concretamente interpretadas en términos de cualquiera de una variedad de requerimientos. Y hablar de reconocimiento, recompensa y reaseguro supone idealizar al punto de que algo puede resultar un objetivo ideal para los tribunales, pero al mismo tiempo algo que no sea realmente posible en la práctica, al menos no de una manera completa o adecuada. Incluso puede suceder que tales objetivos sean más fáciles de obtener en el marco de una respuesta al delito que evite por completo a los tribunales⁶. Estos puntos se verán más claramente en la discusión que sigue en la próxima sección.

Pero antes de ir a un nivel más realista y detallado en la interpretación de lo que los tribunales deberían hacer en respuesta a delincuentes condenados, debemos señalar un asunto importante. El dominio es algo inusual entre los bienes, debido a que es posible concebir actos rectificadores que se lo denieguen al individuo: es posible remediar la

⁶ Si esto es así, la teoría republicana, siendo más que una teoría sobre cómo sentenciar, apoyará esa clase de respuesta. Un ejemplo de ella puede ser la conferencia de grupo familiar que se usa en Nueva Zelanda para cierta clase de casos. Vea **Braithwaite, J. y Mugford, S.,** *Condiciones de Ceremonias de Reintegración Exitosas (Conditions of Successful Reintegration Ceremonies)*, 1992, mimeografía, Universidad Nacional de Australia.

ofensa que representa para el individuo.⁷ El daño hecho al dominio de la víctima queda deshecho si el delincuente puede proporcionar la medida apropiada de reconocimiento y recompensa. El dominio consiste en un goce evidentemente resistente de una vida sin impedimentos e, independientemente de cuán desagradable pueda ser, un acto de interferencia por parte de otro no priva realmente a alguien del dominio si se asegura que el que interfirió le otorgue el debido reconocimiento y la debida recompensa a la víctima. Por el contrario, el dominio de la víctima se hace manifiesto en la imposición de ese requerimiento: queda claro que la víctima disfruta, de hecho, del status protegido del ciudadano completo. Entonces, el daño hecho al dominio con un acto delictivo no es la clase de cosa que tiene que ser considerada sólo como un costo cuando los tribunales se encargan del delincuente. El dominio es algo tal que es natural –más aun, esencial– que los tribunales consideren primero cómo deshacer el daño y hacer evidente el dominio de la víctima.

El punto que aparece aquí es de suma importancia. Aunque los tribunales están designados para promover el dominio –como deberían estarlo bajo un régimen republicano– la primera cuestión que deben atender al sentenciar es de carácter retrospectivo: es una preocupación por la rectificación de un delito pasado; idealmente, a través del reconocimiento y la recompensa. Este punto es de importancia porque, retornando a una frase que utilizamos antes, muestra por qué un veredicto de culpabilidad no da al tribunal republicano una licencia para optimizar, cuando entendemos optimización como un asunto exclusivamente prospectivo. Si un veredicto de culpabilidad da tal licencia, lo hace sólo en un sentido en el que el primer elemento a optimizar debe ser la rectificación, en la medida de lo posible, del daño hecho al dominio de la víctima.

Lo que vale para el dominio de la víctima individual, vale también para el daño que el delito ha producido, en la situación republicana, a la dispensa total de dominio. Como el reconocimiento y la recompensa, la noción de reaseguro también tiene una dimensión retrospectiva. En la búsqueda de la clase de medidas contra el delincuente, o la clase de respuesta de él que reasegure a la comunidad, los tribunales están nuevamente evaluando qué debería hacerse con respecto a lo que ha sido hecho en el pasado. Lo que se busca es la restauración del status quo en aseguración: la restauración de la seguridad que la comunidad disfrutaba antes del delito. La noción de rectificación, la noción de enmendar un mal previo, permanece firmemente establecida, aún cuando el sentido general del dictado de sentencias sea promover el dominio en la sociedad.

4.- RECTIFICACIÓN EN LA PRÁCTICA

⁷ Nuestra noción de rectificación está muy relacionada con la idea de reparación que introduce **de Haan W.**, *Las Políticas de la Reparación (The Politics of Redress)*, 1990, en 156 ff. Vea También **del Vecchio, G.** *Justicia: Un Ensayo Histórico y Filosófico (Justice: An Historical and Philosophical Essay)*, 1952, en 210-11, para comentarios en el mismo sentido.

Para abordar la rectificación en la práctica será útil, primero, dejar un lado el supuesto de que la rectificación perfecta es siempre posible: necesitamos ser más realistas. En segundo lugar, debemos alejarnos de la caracterización abstracta de la rectificación, perfecta o imperfecta, para ir hacia una descripción más concreta de lo que es posible que la rectificación involucre: esto es, ir más en detalle. Daremos estos pasos en orden, examinando en cada etapa los requisitos de reconocimiento, recompensa y reaseguro.

Siendo más realistas

De manera abstracta, el reconocimiento del dominio de la víctima por parte del delincuente parecería requerir una mezcla de medidas simbólicas y sustanciales. Simbólicamente, supondría una disculpa del delincuente por el delito que cometió, un compromiso de no delinquir nuevamente, y alguna clase de reconciliación con la víctima. Sustancialmente, debería suponer las medidas materiales que sean necesarias para dar credibilidad a aquellos actos simbólicos, proveyendo seguridad de la sinceridad con la que se llevan a cabo.

¿Cuál sería la mezcla exacta de lo simbólico y lo sustancial que debería buscarse en la práctica? Eso variará con las diferentes clases de delitos, dependiendo de la relación entre el delincuente y la víctima, y dependiendo, por supuesto, de la clase de delito perpetrado. La víctima puede no querer reconciliación o disculpas; puede rehuir a estar frente al delincuente. La víctima puede ser una organización que está representada por sus funcionarios; puede ser incluso el gobierno o la comunidad, como en las defraudaciones impositivas. O, por supuesto, la víctima puede estar muerta, como en un caso de homicidio, y puede estar representada por otros. Nuevamente, el delincuente puede ser un personaje duro, del que es difícil lograr cualquier acto de disculpa o reconciliación, o cualquier compromiso creíble de no delinquir otra vez. Con variaciones en estas cuestiones, habrá, obviamente, variaciones en lo que puede pensarse que se requiere para asegurar el reconocimiento, o algo similar al reconocimiento, para la víctima.

Cuando comenzamos a pensar de manera más realista, y aun abstracta, acerca de cuál debería ser la recompensa, se aplican conclusiones similares. De ser posible, la recompensa supondría *restitución* a la víctima de aquello que haya perdido en el acto original de delincuencia. Pero, por supuesto, la restitución no siempre será posible; es probable que sea posible sólo en los casos de crímenes contra la propiedad. En tal caso, se debería proveer *compensación*, si algo como la compensación es posible. La compensación supondría que el delincuente provea de algo a la víctima para resarcirla por la pérdida sufrida: algo de una clase diferente –a diferencia de lo que sucede en los casos de restitución– pero considerado, al menos grosso modo, equivalente en valor. Pero es posible que ni la restitución ni la compensación sean posibles, como en el caso de homicidio. Aquí la recompensa parecería requerir algo de la clase de lo que tradicionalmente se describe como *reparación*. La compensación se puede requerir para aquellos cercanos a, y dependientes de la víctima del delito, pero, naturalmente,

buscaríamos alguna forma de reparación para resarcir el daño, el daño fatal, producido a la propia víctima.

Finalmente, el reaseguro. Tendríamos un reaseguro perfecto si el delincuente fuera removido de la comunidad: la remoción de la comunidad puede ser permanente, como en la pena de muerte, o temporario, como en la prisión. Pero es poco probable que la pena de muerte resulte atractiva para los republicanos, porque su disponibilidad impactaría en el dominio de cualquiera que considere –y quién de nosotros puede no hacerlo– que puede verse implicado por un error de los tribunales. La pena de muerte puede llegar a lesionar la dispensa de dominio (de la misma forma que las penas ilimitadas que discutimos y rechazamos más adelante en esta sección). Y, en cualquier caso, hay evidencia criminológica de que tanto la pena de muerte como la prisión son maneras dudosas de garantizar la clase de reaseguro buscado. La prisión ha sido el medio dominante de reaseguro aplicado por las comunidades occidentales desde el siglo XVIII. Pero, dado que las prisiones generan rencor en los delincuentes y los introducen a valores y habilidades delictivas, sólo proveen una falsa seguridad. La falsedad de la seguridad que proveen las prisiones resulta cada vez más obvia, así como la falsedad de la seguridad que provee la pena de muerte se mostró obvia durante un período anterior de la historia europea.

¿Qué decir, entonces, acerca del reaseguro? Creemos que el sistema de justicia penal debería tomarse en serio todos los delitos que se cometen, y evitar tratar a uno de ellos a la ligera simplemente porque es la primera vez en que el delincuente lo comete, o porque se dan muchos delitos de ese tipo. Pero creemos que puede hacer esto sin responder con demasiado rigor a cada delito. Será suficiente para el sistema ser minimalista en sus respuestas; minimalista, en particular, en relación con las sentencias que dictan los tribunales, provisto que éstos tengan la capacidad de aumentar progresivamente las respuestas – en última instancia, hasta la prisión– a medida que el delincuente se muestra más y más intransigente en cuanto a delinquir. Es la capacidad de aumentar las respuesta de esta manera, más que el nivel de respuesta implementado en cada caso dado, lo crucial para promover el reaseguro de la comunidad. O al menos, así lo creemos; la afirmación no puede ser defendida en el presente contexto⁸.

Yendo más en Detalle

Eso es lo que puede decirse de una interpretación más realista, pero aun muy abstracta del reconocimiento, la recompensa y el reaseguro. La cuestión apremiante para los criminólogos normativistas es cómo interpretar tales requerimientos abstractos de

⁸ Vea **Ayres I.** y **Braithwaite, J.**, *Regulación Receptiva: Trascendiendo el Debate sobre la Desregulación (Responsive Regulation: Trscending the Deregulative Debate)*, 1992. No hace falta decir que las sanciones son sólo una pequeña parte de lo que logra, en muchos casos, el reaseguro. Con la violencia domestica, por ejemplo, los refugios pueden ser más importantes que la prisipon para promover la forma relevante de reaseguro. Vea **Sherman, L. W.**, *Regulando la Violencia Doméstica (Policing Domestic Violence)*, 1992.

manera más detallada. Aquí sólo podemos ofrecer algunos comentarios generales para indicar la dirección en la que es probable que vayan las propuestas republicanas específicas.

Primero, algunos comentarios sobre las limitaciones estatutarias que, probablemente, los republicanos quieran colocar sobre las prácticas de los tribunales en cuanto al dictado de sentencias. En *No sólo Merecimiento* argumentamos a favor de dos clases generales de limitaciones. La primera proscribe las penas de muerte y los castigos corporales, y establecería la preferencia por multas y servicio comunitario ante la prisión. Argüimos por esta clase de limitaciones sobre la base de que tales castigos interferirían menos con el dominio de los delincuentes, a la vez que prometerían lo mejor que podemos esperar a través de una disuasión específica y general. Segundo, y muy importante, argüimos que los tribunales deberían estar limitados por la imposición estatutaria de límites máximos para las sentencias que puedan dictar. Argumentamos a favor de este tipo de limitaciones sobre la base de que la ausencia de límites máximos tendría consecuencias muy negativas en el dominio del conjunto de los ciudadanos. Significaría que el conjunto de los ciudadanos tendría que reconocer que, en caso de encontrarse ante un tribunal y ser declarados culpables de algún crimen, quizás por error, estarían a la merced de los tribunales –en particular, a la merced de jueces individuales– y, luego, de la prisión u otras autoridades. Esto implicaría que habría una clase de situación posible en la que su status sería poco mejor que el de un esclavo: los individuos quedarían reducidos a una condición de total vulnerabilidad.

Von Hirsch y Ashworth objetan esto último con el siguiente comentario: “si se eliminan tales límites o se los hace fácilmente permeables, mientras se lidia con delincuentes peligrosos, entonces lo más probable es que no aumente la sensación de seguridad de las potenciales víctimas, con respecto a la conducta predatoria”⁹. Esta respuesta está mal concebida. Sugiere que las potenciales víctimas son incapaces de autoconcebirse como potenciales acusados; supone que hay una división tal entre víctimas y delincuentes que es improbable que las medidas que se tomen en contra de los delincuentes impacten de manera alguna en el status de las víctimas. Pero esto es un error. Cada persona de la sociedad es una potencial víctima y, de la misma manera, cada una es, si no un potencial delincuente, al menos alguien que puede ser erróneamente condenado. Este peligro es particularmente evidente para los miembros de algunos grupos minoritarios. El hecho de que los tribunales puedan imponer una pena de cualquier grado de severidad a un condenado –el hecho de que puedan ponerlo en prisión indefinidamente, forzarlo a vivir sirviendo a su víctima por el resto de su vida– socavaría el dominio disfrutado por todos los demás. Instalaría la clase de vulnerabilidad que la república tiene como objetivo eliminar.

Hemos mencionado algunos constreñimientos generales que los republicanos querrían imponer a los tribunales en relación a sentencias concretas que éstos pueden imponer a

⁹ Arriba. Nota 2, en 88.

los condenados. Cualquiera de estos constreñimientos dejará a los tribunales con un alto grado de discreción, aunque sea una discreción sujeta a apelación y revisión bajo un acuerdo republicano: el punto que es argüido en extensión en *No Sólo Merecimiento*. Entonces, ¿cómo pueden los tribunales ejercer esa discreción? ¿A qué clase de sentencias deberían apuntar?

El ejercicio de la discreción supone en cada oportunidad –y en particular en la oportunidad de sentenciar– una gran sensibilidad ante el delito que se tiene en frente e información general en relación a cómo es posible que funcionen las diferentes alternativas. Pensamos que, en cualquier momento, los tribunales deberían estar guiados por algunos principios generales: idealmente, por algunos principios generales que ordenen un alto grado de aceptación de toda la comunidad. ¿Pero cómo, en general, creemos que los tribunales deberían comportarse?

Considere, primero, el asunto del reconocimiento. Pensamos que los tribunales deberían buscar posibilidades de mediación en los casos en los que haya posibilidades de que el delincuente se reconcilie con su víctima, y pueda hacérselo comprometerse a no volver a delinquir. Reconocemos, sin embargo, que tales posibilidades, a menudo, pueden ser inexistentes. Querriamos que los tribunales exploraran de qué manera puede lograrse que el delincuente reconozca el status de la víctima en otra clase de casos. En todos los casos, debería dársele al delincuente la oportunidad de comprender la naturaleza y la seriedad de su delito; también, la oportunidad de expresar arrepentimiento y comprometerse a no volver a delinquir. Si eso falla, los tribunales deberían identificar medidas que, llevadas a cabo en contra del delincuente, puedan, al menos, hacerle comprender la gravedad de lo que ha hecho: estamos pensando aquí en la posibilidad de exponerlo a los resultados de delitos similares cometidos por otros.

Como ya hemos señalado, la recompensa supondrá restitución, compensación o reparación. Esperaríamos que, al determinar la forma precisa en que esto debería producirse, los tribunales tomen en cuenta las circunstancias del delincuente. Si la restitución es posible, pero el delincuente no tiene los medios para llevarla a cabo, puede ser que se lo ayude con un fondo de restitución, y que él contribuya sólo en parte. La compensación y la reparación serán frecuentemente tan imperfectas que lo que importa no es el efectivo o el servicio –cualquiera sea– que provea el delincuente, sino el costo que el proveerlo tenga para el delincuente. Una persona pobre puede ser capaz de reparar ofreciendo como arrepentimiento creíble una suma simbólica, que sería irrisoria para imponerle a un individuo o una empresa adinerados. Por lo tanto, deberíamos esperar que –para determinar cuál es la compensación o reparación correcta para exigirle a un delincuente– los tribunales actúen teniendo en cuenta la riqueza y el status de ese delincuente.

Finalmente, el reaseguro. Los tribunales deberían prestar atención al arrepentimiento y credibilidad del delincuente, en tanto haya evidencia al respecto. Sería relevante saber, por ejemplo, si se trata de su primer delito y no uno en una serie de ellos. De la misma

manera, los tribunales deberían tener en cuenta cuán probable es la reincidencia y cuánto sufrimiento se ha causado a la víctima y a los suyos. Después de todo, éstas son cuestiones que impactan directamente en el grado de reaseguro que la comunidad necesita en el caso del delincuente en cuestión. El que se requiere en el caso del reaseguro contra la no reincidencia, será, probablemente, sea una función de cuán común se haya vuelto en la comunidad el delito en cuestión. Y entonces, en ciertas circunstancias, esperamos que los tribunales también tomen en cuenta cuán común es esa ofensa dentro de la comunidad.

Estos comentarios son sólo bosquejos poco estructurados. Buscamos que ilustren la dirección en la que es probable que vaya la teoría republicana. Lo que deberían ilustrar es que, si bien los republicanos siempre buscarán la rectificación del delito original en la sentencia que impongan los tribunales, lo que esa rectificación requiera –lo que requieren el reconocimiento, la recompensa y el reaseguro– variará con el carácter y las circunstancias del delincuente. Cada delito requerirá rectificación, y eso significa que los tribunales deben prestar atención a la gravedad del delito y a la culpabilidad del delincuente. Pero la rectificación de la misma clase de delito puede requerir un conjunto de medidas en una instancia y uno diferente en otra. En otras palabras, dos sentencias que formalmente representan intentos equivalentes de rectificación, pueden ser material e incluso radicalmente diferentes entre sí.

5.- RECTIFICACIÓN VERSUS RETRIBUCIÓN

Hasta aquí la discusión debería dejar en claro lo inapropiado de acusar a la teoría republicana por apoyar una licencia para optimizar una política de sentencias que se asocian, correctamente, con los enfoques consecuencialistas más tradicionales. Al hacer esta acusación contra la teoría republicana, von Hirsch y Ashworth simplemente no están prestando atención a la diferencia entre el republicanismo en materia de justicia penal y otras teorías consecuencialistas. Pero como conclusión a esta discusión, nos gustaría considerar por un momento cómo pueden compararse la teoría republicana y el retributivismo –la teoría de “sólo el mérito”– que apoyan pensadores como von Hirsch y Ashworth.

Un rasgo en común entre la teoría republicana y el retributivismo es que ambas consideran que los tribunales tienen que hacer una mirada retrospectiva hacia el delito cometido para determinar qué sentencia imponer. Ambas rechazarían el enfoque de la licencia para optimizar, considerando el optimizar como una tarea prospectiva. Pero este punto en común deja espacio para tres diferencias importantes entre los enfoques, y todas estas diferencias suponen argumentos a favor de la teoría republicana, al menos desde nuestra perspectiva.

La primera diferencia es que, mientras que la teoría retributivista no puede justificar a fondo la clase de respuesta que buscaría que los tribunales aplicaran al sentenciar, la teoría republicana puede proveer una motivación general y convincente para dicha

respuesta. El retributivista dirá que, al dictar sentencias, los tribunales deberían devolver al delincuente lo que ha hecho, expresar culpa por lo que ha hecho, restaurar el balance que él ha disturbado, o algo por el estilo. ¿Por qué deberían los tribunales hacer algo así? La única respuesta disponible es que eso es lo correcto: ningún crimen debería quedar sin castigo. El teórico republicano puede decir mucho más acerca de por qué querría que los tribunales sentenciaran a los condenados de acuerdo a los lineamientos que recomienda. Puede argumentar que los tribunales deberían actuar de ese modo porque es la clase de contribución que se les requiere si han de servir –como debería servir el sistema de justicia penal– a la promoción del dominio. Aquí no se termina la cuestión: la promoción del dominio sirve como un criterio independiente para medir lo apropiado de la respuesta del tribunal.

Una segunda diferencia entre las dos aproximaciones es que, mientras el retributivista generalmente busca una manera de devolver la agresión buscando una pena que sea proporcional a ella, los teóricos republicanos buscan aquello que se requiera para rectificar la agresión. El punto es que la agresión no se devuelve con la misma moneda –independientemente de que se formule la necesidad de devolver– sino que se arregla o se rectifica. Por lo tanto, mientras que el retributivista se concentra en el delito en abstracto, el republicano observará el daño hecho a las víctimas y las comunidades, y considerará cuál es la mejor manera de arreglar ese daño en la sentencia que se imponga al delincuente. El retributivista puede alegar en su defensa que él se fija en la ley de daños para la rectificación del daño hecho a la víctima y, de manera más general, mira fuera del sistema de justicia, para ver cómo se puede compensar a la víctima. El republicano verá esta defensa como una mera afirmación de conservadurismo, puesto que él estará feliz de tener en cuenta tanto a las leyes de daños como a otras consideraciones sobre daños al considerar cuestiones de castigo. Argüirá que el sistema de justicia que deja a las víctimas utilizar la ley de daños para lograr compensación pondrá la compensación lejos del alcance de todos, excepto de los más ricos. Si considera que la compensación debe separarse del castigo, eso sólo será porque la compensación será a menudo la respuesta apropiada desde el estado para la víctima de un delito no resuelto.

Finalmente, y quizás lo más importante, hay una gran diferencia entre las predisposiciones del retributivista y la del republicano, a la hora de determinar qué clase de pena y qué grado de pena debería imponerse. Los retributivistas consideran, por lo general, que un trato duro es la clase de respuesta apropiada (lo cual se justifica, usualmente, en base a la disuasión) y buscan que exista proporcionalidad entre el delito y el castigo en la manera en que se dispensa este trato duro. “El castigo consiste en (1) la imposición de trato duro de una manera que (2) importe desaprobación del actor por su conducta”¹⁰.

¹⁰ Idem. en 95.

En efecto, esto significa que los retributivistas tienden a imponer límites máximos y mínimos en las sentencias que dictan los tribunales. Se requiere que los tribunales ignoren muchas diferencias en el carácter y las circunstancias de los delincuentes y sus familias; se espera que gradúen las sentencias en relación a la gravedad del delito cometido y la culpabilidad del delincuente, ignorando otros factores. Puede dejarse algún espacio para tomar en cuenta otras consideraciones, pero esto suele estar muy restringido¹¹.

Los teóricos republicanos adoptan un enfoque muy diferente al asunto de qué clase y nivel de respuesta es adecuado para un determinado delito. Dirán que, en tanto sea posible, todo delito debería ser rectificado. Pero, para determinar qué requiere la rectificación –y muchos principios, como el principio de la parsimonia, regirán la interpretación de lo que ella requiere– reconocen que eso puede variar ampliamente en cada caso (el punto se dejó claro en la sección anterior). Los teóricos republicanos querrán imponer límites máximos, como mencionamos, en la rectificación que puedan buscar los tribunales. Pero no impondrán ningún límite mínimo, reconociendo, como deben, que en muchos casos, lo que es insuficiente para la rectificación puede ser mucho menos que lo que requieren algunas métricas de castigo retributivistas.

Dijimos que estas tres diferencias entre el retributivismo y el republicanismo sirven como argumentos a favor del enfoque republicano. Pero esta afirmación puede ser cuestionada en relación con la tercera diferencia. Ello así, porque puede decirse –como de hecho han dicho von Hirsch y Ashworth– que la teoría republicana permite una clase de injusticia en el tratamiento de los condenados que sería ilegal para el retributivismo. ¿Qué decir, finalmente, como respuesta?

Lo que tenemos para decir es que, a nivel formal, al nivel que consideramos la rectificación como tal, no hay injusticia en el tratamiento de los condenados. Se trata a todos de la manera que es requerida para rectificar lo que han hecho. Si hay diferencias de tipo material entre sentencias formalmente equivalentes –si lo que se requiere para la rectificación en un caso es más duro que lo que se requiere en otro– eso es difícilmente algo por lo que un delincuente pueda quejarse, particularmente si se le garantiza no ser castigado más allá de cierto grado. Una queja al respecto sería equivalente a la de alguien que afirma que porque los impuestos se imponen de manera proporcional –proporcional, ni siquiera progresiva– él, un hombre rico, es tratado de manera injusta en comparación con alguien que es pobre: él paga el mismo porcentaje de su ingreso, pero una suma más alta de dinero.

Si se mantiene la crítica sobre la injusticia, hay otra consideración que podemos mencionar: una discutida largamente en *No Sólo Merecimiento*, pero ignorada por Von Hirsch y Ashworth cuando nos critican. Ella es que somos afortunados, en cualquier sociedad actual, si podemos capturar y castigar a los delincuentes en un diez por ciento

¹¹ Idem. en 96.

de los delitos. Por lo tanto, una preocupación acerca de las diferencias materiales entre cómo castigar a los condenados no está tan bien motivada como podría estarlo si fuéramos capaces de identificar y procesar a la mayoría de los delincuentes. Porque cambiar las sentencias de manera tal que no todas lleguen al límite máximo de lo que se permite a través de una respuesta material al delito, podría servir para reducir la clase injusticia que implica que sólo diez por ciento de los delincuentes reciban algún castigo.