

**MEDITACIONES POSTMODERNAS SOBRE EL CASTIGO:
ACERCA DE LOS LÍMITES DE LA RAZÓN Y DE LAS VIRTUDES
DE LA ALEATORIEDAD**

(UNA POLÉMICA Y UN MANIFIESTO PARA EL SIGLO XXI)

Bernard E. Harcourt

Catedrático Julius Kreeger de Derecho y Criminología

Director del Center for Studies in Criminal Justice

Universidad de Chicago

RESUMEN:

Durante la Modernidad, el discurso sobre la pena ha girado circularmente en torno a tres grupos de interrogantes. El primero, surgido de la propia Ilustración, preguntaba: ¿En qué basa el soberano su derecho de penar?. Nietzsche con mayor determinación, pero también otros, argumentaron que la propia pregunta implicaba ya su respuesta. Con el nacimiento de las ciencias sociales, este escepticismo hizo surgir un segundo conjunto de interrogantes: ¿Cuál es, entonces, la verdadera función de la pena? ¿Qué es lo que hacemos cuando penamos?. Una serie de críticas posteriores –de metanarrativas, funcionalistas o de objetividad científica– debilitaron esta segunda línea de indagación, y contribuyeron a dar forma a un tercer conjunto de interrogantes: ¿Qué nos cuenta la pena de nosotros mismos y de nuestra cultura?. ¿Qué está sucediendo que nos permita ver lo que se halla tras el giro cultural?. ¿Qué interrogantes podemos –nosotros, hijos del siglo XXI– formular en relación con nuestras prácticas e instituciones punitivas?. Este ensayo argumenta que debemos abandonar el desorientado proyecto de la modernidad, reconocer de una vez y definitivamente los límites de la razón, y orientarnos hacia la aleatoriedad y el azar. En todos los textos modernos llegó siempre un momento en el que los hechos empíricos se agotaron y las deducciones de principio alcanzaron su límite –o ambas situaciones a la vez– y el razonamiento simplemente continuó. Más que continuar asumiendo estas profesiones de fe, el presente ensayo argumenta que debemos reconocer los límites críticos de la razón y, cada vez que los alcancemos, confiar en la aleatoriedad. Donde los hechos se agotan, donde nuestros principios ya no nos guían, debemos dejar la toma de decisión al lanzamiento de moneda, a los dados, a la lotería –en suma, al azar. Este ensayo comienza a explorar lo que ello pueda significar en el ámbito del delito y de la pena.

Palabras clave: Pena – teoría de la pena – aleatoriedad – azar – pena justa – suerte moral – teoría crítica – crítica cultural – postmodernidad – Derecho penal – justicia criminal.

ABSTRACT:

Since the modern era, the discourse of punishment has cycled through three sets of questions. The first, born of the Enlightenment itself, asked: On what ground does the sovereign have the right to punish? Nietzsche most forcefully, but others as well, argued that the question itself begged its own answer. With the birth of the social sciences, this skepticism gave rise to a second set of questions: What then is the true function of punishment? What is it that we do when we punish? A series of further critiques—of meta-narratives, of functionalism, of scientific objectivity—softened this second line of inquiry and helped shape a third set of questions: What does punishment tell us about ourselves and our culture? What happens now that we have seen what lies around the cultural bend? What question shall we—children of the 21st century—pose of our punishment practices and institutions? This essay argues that we should abandon the misguided project of modernity, recognize once and for all the limits of reason, and turn instead to randomization and chance. In all the modern texts, there always came this moment when the empirical facts ran out or the deductions of principle reached their limit—or both—and yet the reasoning continued. Rather than continue to take these leaps of faith, this essay argues that we should recognize the critical limits of reason and, whenever we reach them, rely instead on randomization. Where our facts run out, where our principles no longer guide us, we should leave the decision-making to the coin toss, the roll of the dice, the lottery draw—in sum, to chance. This essay begins to explore what that would mean in the field of crime and punishment.

Keywords: Punishment – punishment theory – randomization – chance – just punishment – moral luck – critical theory – cultural criticism – postmodernism – penal law – criminal justice.

Meditaciones postmodernas sobre el castigo: la pena: acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad

(Una polémica y un manifiesto para el siglo XXI)¹

La Ilustración es la superación por parte del hombre de su inmadurez auto-provocada. La inmadurez es la incapacidad para usar el propio entendimiento sin la guía de otra persona.

Immanuel KANT, “Una respuesta a la cuestión: ¿Qué es la Ilustración?” (1784)²

En un ensayo del mismo título, Michel FOUCAULT lee el texto de KANT en el marco de su crítica de la razón, publicada apenas tres años antes. Es precisamente en el momento en que nos afirmamos como seres maduros, señala FOUCAULT, cuando resulta más necesario reconocer los límites de la razón. “*Es precisamente en este momento cuando la crítica es necesaria, en la medida en la que su rol es el de definir las condiciones bajo las que el uso de la razón se legitima, para determinar lo que puede saberse, lo que debe hacerse, y lo que cabe esperar*” (FOUCAULT, 1997: 308). FOUCAULT nos advierte, con KANT, que la confianza en la razón, más allá de los límites que le corresponden, simplemente supone una regresión en el tiempo: “*Los usos ilegítimos de la razón son los que conducen al dogmatismo y a la heteronomía, así como al delirio*” (308). El uso cuidadoso y crítico de la razón, en cambio, ilustra y permite avanzar, más allá de las sombras de lo ilusorio. Pero sólo puede hacerlo así confiando en sí misma. El periodo moderno, de este modo, acoge una concepción fuerte de la autoconfianza -cuidadosamente limitada por la crítica.

FOUCAULT también vio en el ensayo de KANT una nueva actitud filosófica, consistente en una reflexión genuina sobre el “presente” -un giro desde la más tradicional mirada eterna del filósofo sobre el momento contemporáneo y, junto a ello, una tarea asociada de teorizar el conocimiento en relación con la actualidad. FOUCAULT denomina a esto “*la actitud de la modernidad*” y la ubica en los escritos de autores del siglo XIX y XX, comenzando por Charles BAUDELAIRE. “*Por ‘actitud’*”, escribe FOUCAULT, “*entiendo un modo de relacionarse con la realidad contemporánea; una elección voluntaria que adoptan determinadas personas; en suma, un modo de pensar y sentir; también una forma de actuar y comportarse, que al mismo tiempo marca una relación de pertenencia y se presenta como una tarea*” (FOUCAULT, 1997: 309). Esa actitud aúna la indagación filosófica con el pensamiento crítico, proyectados ambos sobre la actualidad histórica contemporánea.

1 Traducción del inglés realizada por José Ángel Brandariz García (Universidad de A Coruña) y Agustina Iglesias Skulj (Universidad de Salamanca). El artículo original, titulado “*Post-Modern Meditations on Punishment: On the Limits of Reason and the Virtues of Randomization (A Polemic and Manifesto for the Twenty-First Century)*”, fue publicado en *Social Research*, vol. 74, n° 2, verano 2007, págs. 307-346. Los traductores agradecen la colaboración de Luis Rodríguez Abascal (Universidad Autónoma de Madrid/City University of New York) y de Juan Fernando Ibarra del Cueto (University of Chicago).

2 Desearía expresar un especial y caluroso agradecimiento a Arien Mack, por organizar un encuentro y un volumen sobre la pena tan estimulantes. Estoy profundamente agradecido a Ian Hacking, Martha Nussbaum, Pasquale Pasquino, Elizabeth Scott, Michel Troper e Iris Young por conversaciones y comentarios, por el ánimo, pero ante todo por la resistencia. He contraído un gran deuda, igualmente, por sus ricos comentarios, por las reacciones y también por la resistencia, con Olivier Cayla, Chloe Cockburn, Andrew Dilts, John Donohue, Elizabeth Emens, Jeffrey Fagan, David Garland, Janet Haley, Philip Hamburger, Alon Harel, George Kateb, Tracey Meares, Thomas Miles, John Pfaff, Andrzej Rapaczynski, Adam Samaha, Jonathan Simon, Lior Strahilevitz, Bruce Western y Tim Wu. Dedico este texto a mi querida amiga y colega Iris Young.

nea. La formación y la reflexión filosóficas se aplicarían ahora al momento contemporáneo -señaladamente, a la Revolución francesa- y se concentrarían en la labor de razonar el presente. FOUCAULT ve en KANT el origen de una actitud moderna que será compartida también por HEGEL, NIETZSCHE, MARX, DURKHEIM, RUSCHE y KIRCHHEIMER.

En otro ensayo del mismo título, Jürgen HABERMAS añade: “*Sorprendentemente, en la última frase de su ponencia, FOUCAULT se incluye a sí mismo en esta tradición*” (HABERMAS, 1994: 150).

Una vez más, la actitud de la modernidad triunfa sobre la crítica de la razón. En estas páginas argumento que las dos líneas que FOUCAULT identificó en el ensayo de KANT -el momento crucial de la razón crítica y la actitud moderna- colisionaron a lo largo de los siglos XIX y XX, y que la actitud moderna prevaleció reiteradamente. Incluso cuando los modernos estaban comprometidos en la más crítica de las empresas, la actitud fue hegemónica, y ofreció nuevos modos de conceptualizar y dar sentido al presente, *más allá* de los límites de la razón crítica. Nunca desalentados por aquellas advertencias sobre el delirio, nunca escarmentados por los torpes excesos de las generaciones anteriores, los pensadores modernos continuaron teorizando la actualidad histórica contemporánea más allá de los límites de la razón.

Propongo que abandonemos finalmente la actitud desorientada de la modernidad. Esto significará, sin duda, dejar mucho al azar y a la aleatoriedad. Será lo mejor. Permítanme explicarme.

I.

Los modernos formularon tres interrogantes sobre el castigo. La primera, surgida de la propia Ilustración, procuró identificar y definir una base racional para el castigo. Cuando los hombres se liberaron de los grilletes de la fe religiosa, esta primera cuestión tomó forma: si los teólogos ya no pueden seguir sustentando lo que está bien desde un punto de vista político y jurídico, ¿en qué se fundamenta el derecho de castigar del soberano? ¿Sobre qué bases detenta el Estado un derecho de castigar a sus ciudadanos?

Naturalmente, la pregunta no era plenamente inocente -las buenas preguntas nunca lo son. Estaba impulsada por un deseo de fijar los límites justos del poder punitivo del soberano en un momento definido -al menos en la consideración de muchos de los primeros racionalistas modernos- por castigos excesivos. Resultó que el *derecho* de penar serviría para *limitar* el castigo.

“*En este punto, por lo tanto, se halla la fundamentación del derecho del soberano a penar los delitos*”, un joven de 25 años, Cesare BECCARIA, declaró en 1764: “*la necesidad de defender al depositario del bienestar público de las usurpaciones de los individuos*” (BECCARIA, 1995: 10). Ese derecho, explicaba BECCARIA, se derivaba del deber del soberano de promover “*la mayor felicidad, compartida por el mayor número*” (BECCARIA, 1995: 7). Por medio de su discípulo, Jeremy BENTHAM, los escritos de BECCARIA se traducirían a teorías del utilitarismo y de la disuasión más convencionales y, posteriormente, a modelos económicos de optimización del bienestar social. Otros pensadores de la modernidad temprana harían derivar el derecho de castigar de otras fuentes -de la autonomía o la dignidad del agente moral, de los intereses del desarrollo personal ilustrado, del principio de lesividad y de otras expresiones tradicionales del derecho positivo.

Esta primera línea de reflexión se extiende hasta el presente. En la tradición anglosajona, las respuestas se desarrollan fundamentalmente en el marco de un análisis

funcional de la sanción penal. En el clásico debate sobre la imposición normativa de la moralidad, por ejemplo, todos los autores principales -desde H.L.A. HART (1963: 14) y Patrick DEVLIN (1965: 2-3) hasta Ernest NAGEL (1968, 138-139), Norval MORRIS (MORRIS/HAWKINS, 1970: 4), Joel FEINBERG (1987, 1984) y otros- toman como punto de partida de sus análisis la afirmación de una función expuesta en el *Informe Wolfenden*, en 1957: “*la función del Derecho Penal...es preservar el orden y la decencia públicos, proteger al ciudadano de lo que es lesivo u ofensivo, y proporcionar defensas suficientes contra la explotación y la corrupción de otras personas*”. Los teóricos liberales tienden a reducir dicha función a la preservación del orden, y se orientan de forma primordial sobre los primeros pronunciamientos de John Stuart MILL en *Sobre la Libertad*, mientras que los moralistas legales amplían las funciones del castigo para incluir, de forma central, la promoción de la moralidad como una función principal del Derecho Penal. “*El Derecho Penal, tal como lo conocemos, se basa sobre un principio moral*”, argumentó DEVLIN. “*En una pluralidad de delitos su función no es más que imponer un principio moral*” (DEVLIN, 1965: 7). En ambos extremos del debate, sin embargo, el “derecho de castigar” del soberano se deriva precisamente de la identificación de las funciones propias de la sanción criminal.

Aunque este primer discurso continúa en la actualidad, no fue complicado para los hombres de conocimiento -como NIETZSCHE se describía a sí mismo- hallar el error en esta línea de reflexión. Ante todo, el derecho de penar es precisamente lo que define la soberanía y, en consecuencia, difícilmente puede servir para restringir el poder soberano. El primer interrogante había planteado la cuestión al revés: el “derecho de castigar” fue lo que el soberano *logró*, persuadiendo a los miembros de la comunidad de que podía promover mejor los objetivos legítimos de la pena. Buscar el origen del derecho de penar analizando los objetivos o las utilidades de la pena no llevaría a ninguna parte. “*El 'objetivo del Derecho'*”, declaró NIETZSCHE, “*es lo último a lo que hay que recurrir en la historia del origen del Derecho:.. en la medida en que exista, que haya de algún modo llegado a ser; es una y otra vez reinterpretado en atención a nuevas finalidades, asumido, transformado y redirigido por algún poder superior a él*” (NIETZSCHE, 1967: 77).

Fue infructuoso buscar el derecho de penar en sus objetivos, utilidades o funciones -tanto desde una perspectiva utilitarista como deontológica. “*Los objetivos y la utilidad son sólo signos de que una voluntad de poder ha llegado a dominar algo menos poderoso y le ha impuesto el carácter de función*”, enfatizó NIETZSCHE (1967: 77). El verdadero interrogante que cabría formularse en relación con el “derecho de castigar”, por lo tanto, no era “sobre qué bases”, “de qué origen” o “de dónde”, sino más bien: “¿De qué modo es percibido como legítimo el acto de castigar del soberano?”, o mejor aún “¿Bajo qué condiciones el ejercicio de dicho poder de castigar por parte del soberano *no* provoca una resistencia que pueda socavar la propia soberanía?” Esa pregunta, sin embargo, no convocó a un debate filosófico sobre los derechos, una discusión deontológica sobre la autonomía o un análisis econométrico sobre la disuasión. Convocó, más bien, a una investigación histórica, sociológica, política y genealógica sobre los actos de resistencia, los movimientos sociales, los momentos de transformación, la ideología y la cohesión social. Convocó a una genealogía de la moral, de la ley y del poder -en suma, a una genealogía del castigo.

Con el nacimiento de las ciencias sociales a finales del siglo XIX, este impulso crítico generó una segunda línea de reflexión. Más escéptica, más crítica, los interrogantes exploraron e hicieron emerger procesos y fuerzas más profundas: si el discurso racional sobre el derecho de castigar es un mero pretexto y sólo sirve para ocultar formaciones de poder, ¿qué es exactamente lo que las prácticas punitivas *hacen* por nosotros? ¿Cuál es la verdadera función de castigar? ¿Qué es lo que *hacemos* cuando castigamos? Desde Emile DURKHEIM a Antonio GRAMSCI y a la posterior Escuela de Frankfurt, Michel FOUCAULT y las tendencias penológicas de fin de siglo, los modernos

del siglo XX discutieron sobre la organización social, la producción económica, la legitimidad política, la *governance* y la construcción del sujeto -transformando las prácticas punitivas, diseccionando no sólo sus funciones represivas, sino ante todo su papel en la construcción del sujeto contemporáneo y de la sociedad moderna.

En el vértice de esta segunda línea de reflexión, Michel FOUCAULT articularía y enumeraría, en su obra magistral *Surveiller et Punir: Naissance de la prison*, las tareas centrales y las reglas del dispositivo de control. Primera, y ante todo, “*No concentrar el estudio de los mecanismos punitivos únicamente en sus efectos ‘represivos’...considerar el castigo como una función social compleja*” (1979: 23; 1975: 28). FOUCAULT reconoció explícitamente que este segundo proyecto se construía sobre la obra de Emile DURKHEIM, citándolo en solitario en la misma página (1975: 28, n. 1), y que debía mucho a la Escuela de Frankfurt. En el siguiente inciso, FOUCAULT enfatizó que “*el gran libro de RUSCHE y KIRCHHEIMER, Punishment and Social Structures, ofrece una pluralidad de puntos de referencia esenciales*” (1975: 29):

“Debemos, en primer lugar, librarnos de la ilusión de que el castigo es ante todo (si no exclusivamente) un medio para reducir la criminalidad... Debemos analizar más bien los “sistemas concretos de castigo”, estudiarlos como fenómenos sociales de los que no se puede dar cuenta únicamente mediante la estructura jurídica de la sociedad...; debemos situarlos en su ámbito de operatividad, en el que el castigo del delito no es el único elemento; debemos mostrar que las medidas punitivas no son simplemente mecanismos “negativos” que hacen posible reprimir, prevenir, excluir, eliminar; sino que están vinculados a una completa serie de efectos positivos y útiles que se encargan de sustentar” (FOUCAULT, 1979: 24; 1975: 29-30).

En el marco de estos puntos de referencia, originados con la Escuela de Frankfurt, la labor capital surgida de esta segunda línea de reflexión fue poner de manifiesto fuerzas y relaciones de poder más profundas que, mediante las prácticas punitivas, nos construyen como sujetos contemporáneos. Se trataba, en efecto, de analizar “*cómo un específico modo de dominación pudo dar vida al hombre como un objeto de conocimiento para un discurso con estatus científico*” (FOUCAULT, 1975: 28-29). De descubrir y trazar las fuerzas profundas que dan forma a nuestras prácticas punitivas y, a través de ellas, a nuestro conocimiento sobre nosotros mismos.

Sin embargo, una serie de críticas ulteriores -críticas de metanarrativas, de funcionalismo, y de objetividad científica- menoscabaron esta línea de reflexión y la encauzaron hacia el giro cultural, ayudando a dar forma a un tercer discurso sobre el castigo. Esta línea de reflexión, en vez de centrarse en lo que el castigo está haciendo *por* nosotros, se preguntó por lo que nos dice *sobre* nosotros mismos: ¿Qué nos dicen nuestras prácticas punitivas sobre *nuestros* valores culturales? ¿Cuál es el significado social de nuestras instituciones de castigo? Menos metateórico, menos teórico-crítico, este conjunto final de interrogantes se fue desarrollando alrededor de la crítica mordaz sobre la construcción del conocimiento, al tiempo que trataba de evitarla. Los interrogantes pretendieron ser menos normativos. En el mejor de los casos, una mera descripción. Una interpretación convincente. Algo que diese sentido a nuestro mundo y a nosotros mismos. Algo para fundamentar, quizás ulteriormente, una evaluación de esas prácticas punitivas.

La diferencia fue sutil, pero importante. El segundo conjunto de interrogantes -especialmente en la forma en que se desarrolló a lo largo del siglo XX- llegó a concentrarse de forma creciente sobre la naturaleza construida del conocimiento, lo que ha sido conocido como la crítica “*poder/saber*”: ¿Cómo llegamos exactamente a creer en lo que sostenemos como verdad? ¿Cómo llegamos a creer, por ejemplo, en una narrativa progresiva del castigo? ¿Qué instituciones y prácticas nos conducen a creer en la idea del

“delincuente” -o en la idea de que posiblemente podríamos “rehabilitar” o “corregir” a ese “delincuente”? ¿Cómo han contribuido nuestras prácticas disciplinarias a dar forma a nuestras creencias? En la parte final del siglo XX, este segundo conjunto de interrogantes comenzó a girar por completo alrededor de la formación del conocimiento y a constituir una prueba severa para todas las pretensiones de conocimiento relativas al castigo.

En contraste con ello, el tercer conjunto de interrogantes -el producto, como mencioné, de la crítica de las *metanarrativas*- intentó constantemente evitar la crítica poder/saber. Ofreció un perfil más modesto. Procuró únicamente reflexionar sobre lo que las prácticas punitivas nos cuentan de nosotros mismos, de nuestros valores, de nuestra sociedad- como una mera introducción para una mejor comprensión del castigo, para hacer posible, ulteriormente, una mejor evaluación de nuestras prácticas e instituciones. El libro de David GARLAND, *Castigo y sociedad moderna* (1990), aunque constituye de forma declarada una pedagógica aproximación a las cuatro principales voces de la sociología del castigo, refleja claramente esta tercera línea de reflexión. “*El significado social del castigo ha sido mal comprendido*”, sostiene GARLAND. Lo que se necesita es “*una orientación descriptiva que articule los fundamentos sociales del castigo, sus formas modernas características, y su significación social*” (GARLAND, 1990: 9). El significado social del castigo “*necesita ser analizado, si pretendemos descubrir modos de castigar que se acomoden mejor con nuestros ideales sociales*” (GARLAND, 1990: 1).

Esta tercera línea de reflexión representa, en palabras de GARLAND, “*un deliberado intento de apartar la sociología del castigo de su reciente tendencia -impulsada por FOUCAULT y por los marxistas-, a contemplar el sistema penal exclusivamente como un aparato de poder y control*” (1990: 1-2). La tarea es desarrollar “*una aproximación plural, multidimensional*”, “*una imagen completa; una recomposición de las perspectivas fragmentarias desarrolladas por estudios con puntos de vista más restringidos*” (GARLAND, 1990: 280). Explorar “*la causalidad múltiple, los efectos múltiples, el significado múltiple*” (GARLAND, 1990: 280). GARLAND expone:

“*Valores, concepciones, sensibilidades y significados sociales -la cultura, en suma- no existen en la forma de una atmósfera natural que envuelve la acción social y la dota de sentido. Más bien, son activamente creados y recreados por nuestras prácticas e instituciones sociales -y el castigo juega su rol en este proceso generativo y regenerativo*” (GARLAND, 1990: 251).

En este sentido, la tercera línea de reflexión invita a generar descripciones, ricas en matices, de nuestras prácticas punitivas, orientadas a explicar su sentido social y su papel en la conformación de la sociedad -todo ello sirve como una introducción para el análisis normativo, para producir “*un base descriptiva apropiada para los juicios normativos de política criminal*” (GARLAND, 1990: 10).

Con todo, no resulta completamente claro que la tercera y última línea de reflexión pueda sustraerse a la crítica del poder/saber. Si las hipótesis disciplinarias de FOUCAULT se entendían cuestionables, seguramente una interpretación del “significado social” de las prácticas e instituciones punitivas también sería vulnerable. Toda interpretación nos va a decir más sobre el intérprete y sobre sus sistemas de creencias que sobre el significado de la propia práctica. Seguramente un ejercicio semiótico revelaría más sobre los modos de razonamiento, las creencias y las opciones éticas sostenidas por el intérprete individual que sobre el significado social de las propias prácticas punitivas.

Los párrafos finales del libro de GARLAND son, en este sentido, reveladores. Las sociedades modernas, escribe GARLAND, deberían esperar menos del castigo y “*deberían, en cambio, ser alentadas a tratarla como una forma de política social que, en la medida de lo posible, tendría que ser minimizada*” (GARLAND, 1990: 292). El objetivo

debería ser socializar e integrar a los ciudadanos jóvenes, no penarlos: “*una labor de justicia social y de educación moral más que de política penal. Y en la medida en que el castigo sea considerado inevitable, debería ser contemplado como una tarea moralmente expresiva más que como una cuestión puramente instrumental*” (GARLAND, 1990: 292). Estos, en mi opinión, son compromisos claramente normativos que, con toda probabilidad, se introducen, y colorean, la crítica cultural sobre el significado social de las prácticas punitivas.

En el ocaso del siglo XX, los escritos modernos sobre el castigo continuaron reflexionando más sobre los autores que sobre los castigos. De algún modo, a pesar de la reformulación de los interrogantes, los textos siguieron diciéndonos más sobre las creencias, intuiciones y elecciones éticas del intérprete que sobre las prácticas punitivas y su significado social.

II.

¿Qué hacer ahora -ahora que hemos visto lo que rodea al giro cultural y nos hemos dado cuenta, desafortunadamente, de que las mismas críticas resultan aplicables, con la misma intensidad, a cualquier interpretación del significado cultural que podamos proyectar sobre nuestras prácticas punitivas contemporáneas? ¿Deberíamos continuar trabajando en este último conjunto de interrogantes, retornar a un conjunto anterior o, como ha hecho la totalidad de nuestros predecesores, construir una nueva línea de reflexión? ¿Qué interrogante formularemos -nosotros, hijos del siglo XXI- en relación con nuestras prácticas e instituciones punitivas?

La respuesta, paradójicamente, es que no importa. La formulación de los interrogantes nunca importó realmente en sí misma, excepto quizás para distinguir al filósofo analítico del teórico crítico, al positivista del crítico cultural -diferencias menores que no reflejan sino gustos, deseos, aptitudes personales, formación y capacitación. En efecto, se formularon nuevos interrogantes y emergieron nuevos discursos, pero el mismo problema continuó asolando a aquellos textos modernos.

En todos los textos modernos siempre se produjo un momento en el que los hechos empíricos se agotaron o las deducciones de principios alcanzaron sus límites -o ambas cosas a la vez- y, *sin embargo, el razonamiento continuó*. Siempre se dio ese momento, irónicamente, en el que los modernos -aquellos modelos de la razón- hicieron una profesión de fe. No por casualidad, en ese preciso momento es cuando aprendimos más -pudimos leer el texto y descifrar una visión del castigo justo que nunca fue enteramente racional, nunca puramente empírico y nunca plenamente determinado por las premisas teóricas del autor. En todos los casos, el texto moderno permitió que se deslizase un momento de fe -una elección sobre cómo resolver un problema, una ambigüedad, una indeterminación en una discusión de principio o de hecho.

El inevitable espacio entre las premisas teóricas o empíricas y el juicio final que de ellas hacemos deriva, finalmente, de esa imperceptible fractura en las ciencias humanas entre lo no refutado, lo no refutado aún, lo aparentemente no refutable, lo verificado pero sólo bajo ciertos presupuestos cuestionables, y la verdad. En el dominio empírico -no menos que en el discurso filosófico, en el análisis legal o en los debates sobre políticas públicas- la demostración nunca se derivó de la deducción matemática, sino que se sustentó en afirmaciones -empíricas o lógicas- que bien podían haber sido verdaderas, pero que igualmente podían haber sido sustituidas por otras hipótesis completamente razonables. La cuestión capital siempre fue en qué hipótesis confiar de entre las muchas posibles, todas las cuales eran coherentes con los datos; qué subprincipio asu-

mir de entre todos los teóricamente coherentes con el principio guía. Lo que los modernos *eligieron creer*, finalmente, nos reveló más sobre ellos que sobre el mundo que les rodeaba. Siempre fueron las respuestas que los modernos daban a los interrogantes -con independencia del interrogante concreto- las que más revelaron sobre ellos y sus intuiciones sobre el castigo justo.

Irónicamente, este problema permitió un momento ilustrado en el corazón de la teoría crítica -a lo que Raymond GEUSS se refiere como la apertura reflexiva que “*otorga a los agentes un tipo de conocimiento inherentemente productivo de ilustración y emancipación*” (GEUSS, 1981: 2). En el momento en que levantamos el velo de nuestros ojos y nos dimos plenamente cuenta de que nuestras creencias racionales en ciertas teorías o premisas no eran en ningún sentido mejores que un acto de fe religiosa -de que hemos realizado una profesión de fe para llegar a nuestra conclusión- resultó posible trazar la genealogía de cómo hemos alcanzado ese punto. De este modo se hizo posible analizar cómo llegamos a creer en lo que creímos, y a qué precio. Esto es precisamente lo que hicieron los pensadores críticos de los siglos XIX y XX en relación con las tres principales dimensiones del pensamiento crítico -el poder (desde NIETZSCHE y FOUCAULT hasta AGAMBEN), la producción económica (desde MARX, pasando por la Escuela de Frankfurt, hasta ALTHUSSER) y el deseo (desde FREUD, pasando por LACAN, hasta ZIZEK). No por casualidad, identificar el problema es también lo que dio vida al movimiento del Realismo jurídico americano a comienzos del siglo XX, y al movimiento de los Estudios críticos del Derecho a mediados de esa centuria. También fue lo que hizo posible la deconstrucción a finales del siglo -quizás el momento más pleno en la realización de esta intuición.

En este sentido, Jacques DERRIDA -no precisamente uno de mis héroes, excesivamente ambiguo e irónico para mi gusto- estaba plenamente en lo cierto cuando escribió que la fundación de la ley reside en una profesión de fe -lo que él describe como “*una fuerza performativa, en otras palabras, una fuerza interpretativa con un recurso a la fe*” (DERRIDA, 1994: 32). La autoridad legal surge de este acto de auto-autorización, en sí mismo nunca sujeto a una evaluación normativa sobre lo correcto o incorrecto -no únicamente porque el marco legal en sí mismo es posterior al momento fundante, sino también, y sobre todo, porque la valoración sobre si un castigo es justo debe siempre superar la fractura entre las premisas teóricas y la valoración final. El acto de alcanzar la conclusión legal -el castigo justo, la condena, la ejecución- representa “*un momento de fuerza, un acto violentamente performativo y, de este modo, una interpretación que no es en sí ni justa ni injusta*” (DERRIDA, 1994: 32-33). Precisamente en este sentido, DERRIDA concluye, de forma paradójica, que la estructura de la ley es lo que abre la puerta a la propia posibilidad de la deconstrucción. De ello se deriva su irónica hipótesis de que la justicia hace posible la deconstrucción (DERRIDA, 1994: 36). Aunque refiriéndose al Derecho y a la Justicia, la perspectiva de DERRIDA puede también aplicarse a las otras disciplinas que forman el campo del delito y de la pena, como la sociología, la política, la economía y las políticas públicas.

Dije antes “irónicamente” porque en concreto el momento de percepción crítica e ilustración es el que debilita los planteamientos de los teóricos críticos radicales -aunque no necesariamente los de los deconstructivistas.

III.

¿Qué suponen estos problemas, ambigüedades e indeterminaciones? ¿Qué significa exactamente que los modernos hicieron, de forma inevitable, una profesión de fe? “Los hechos empíricos se agotaron, las deducciones de principio alcanzaron sus límites

y, sin embargo, el razonamiento continuó". ¿Qué ecos presenta este razonamiento? Permítanme detenerme un momento para ofrecer alguna ilustración al respecto. Permítanme demostrar algunos de los problemas y ambigüedades.

Disuasión de delincuentes juveniles

En primer lugar, examinemos un planteamiento sobre la disuasión. El problema con la mayor parte de las investigaciones sobre disuasión es que resulta extremadamente difícil deslindar sus efectos de los correspondientes a la incapacitación -del hecho de que el endurecimiento de las normas determinará un encarcelamiento más prolongado y, en esa medida, mayor incapacitación de los infractores criminales. La Academia Nacional de Ciencias reunió en 1978 un panel de expertos de primer nivel para examinar los problemas de medir la disuasión -dirigido por Alfred BLUMSTEIN, Jacqueline COHEN y Daniel NAGIN-, pero los resultados fueron decepcionantes: "*En la medida en que las potenciales fuentes de error en la estimación de los efectos disuasorios de estas sanciones son tan elementales, y sus resultados tan divergentes entre sí, no pueden extraerse conclusiones sólidas, empíricamente fundamentadas, sobre la existencia del efecto, y desde luego menos sobre su magnitud*" (BLUMSTEIN/COHEN/NAGIN, 1978: 42; vid. asimismo NAGIN, 1978: 95, 135; SPELMAN, 2000: 97). Se han hecho desde entonces escasos progresos como Steven LEVITT sugirió en 1998, "*pocos estudios empíricos (relativos a la disuasión de adultos) tienen capacidad para distinguir disuasión de incapacitación y, en tal medida, apenas proporcionan un test indirecto del modelo económico del delito*" (LEVITT, 1998: 1158, n. 2).

No obstante, LEVITT sostiene que los menores y los adultos jóvenes son receptivos a incrementos en la pena. Para demostrarlo, LEVITT toma una base de datos a nivel estatal de tasas de delincuencia, y clasifica a los estados en tres categorías: en primer lugar, aquellos que tienen un sistema penal adulto más severo que el juvenil; en segundo lugar, los que tienen niveles similares de severidad para sus sistemas penales adulto y juvenil; en tercer lugar, aquellos que tienen un sistema penal adulto más benigno que el juvenil. LEVITT compara entonces las tasas de criminalidad relativas de los jóvenes adultos cuando pasan de menores a adultos -cuando alcanzan la mayoría de edad y quedan sometidos al sistema penal adulto.

LEVITT concluye que los menores que han llegado a adultos en la primera categoría de estados -aquellos con sistemas adultos relativamente más severos- cometen menos infracciones en su primer año de mayoría de edad de lo que lo hicieron en el año precedente, mientras que los menores en estados con sistemas adultos relativamente más benignos cometen más infracciones de lo que lo habían hecho el año anterior (LEVITT, 1998: 1175). LEVITT ve en ello que la disuasión, más que la simple incapacitación, está operando: "*Reducciones significativas en la criminalidad en la mayoría de edad sugieren que la disuasión (y no simplemente la incapacitación) juega un papel importante*" (LEVITT, 1998: 1156).

¿Exactamente por qué confirman los datos la hipótesis de la disuasión? La respuesta, sugiere LEVITT, es que "*si la disuasión funciona, cabría esperar un cambio notable en el comportamiento asociado con el paso al estado adulto. Si, en cambio, la incapacitación fuese el efecto primordial cabría esperar mayores demoras en la transición desde el equilibrio menor al equilibrio adulto, derivadas de retrasos en el ritmo de arresto y condena... Parece probable que los notable cambios de carácter inmediato en el comportamiento, vinculados a la mayoría de edad, reflejen primordialmente el efecto de la disuasión*" (LEVITT, 1998: 1172). La lógica del argumento, por lo tanto, reside en el presupuesto de que la disuasión funciona de modo más rápido que la incapacitación en el periodo de transición en torno a la mayoría de edad.

El problema con esta lógica, no obstante, es que no existe métrica alguna que permita probar la velocidad de cada mecanismo considerado de forma individual, ni existe ninguna métrica que compare la velocidad de las dos teorías alternativas (HARCOURT, 2005: 219-226). No hay forma, a priori, de determinar qué velocidad desarrollará cada efecto -si se trata de un mes, dos meses, tres meses, seis meses, nueve meses, doce meses, dieciocho meses, dos años, o más. El modelo de LEVITT emplea una medición del delito de carácter *anual*. Y el periodo de retraso del efecto de la incapacitación -si realmente existe- podría perfectamente ser más breve. En realidad, si la teoría de la incapacitación es correcta -la idea de que alrededor del 6% de los adultos jóvenes son responsables de aproximadamente el 60% de la actividad criminal de su cohorte de edad- debería esperarse que la aplicación severa de la ley tendría un inmediato y notable efecto de incapacitación, precisamente en el momento de la liberación de los infractores jóvenes que llegan a la mayoría de edad.

Aquí, sin embargo, está el problema: no existe una medida, métrica o parámetro mediante el cual se pueda declarar que un efecto sobre el delito -disuasión o incapacitación- es inmediato o retardado. Tampoco existe un modo mediante el cual se pueda determinar cómo se podrían comparar los dos efectos. No tenemos una medida para establecer el efecto incapacitador y otra diferente para el efecto intimidatorio. Sólo tenemos un número, y debemos calcular si resulta relativamente inmediato o retardado. En la medida en que no sabemos cuánto demora el efecto de incapacitación, no existe forma de saber, a partir de datos anuales de criminalidad, si el efecto se intuye más inmediato o más retardado -tanto si se trata de incapacitación como de disuasión.

¿Por qué Steven LEVITT está dispuesto a eludir este problema y confirmar la hipótesis de la disuasión? Realmente no importa. Yo tendería a subrayar los gustos, los deseos, la formación o la carrera académica, pero puede perfectamente haber otras explicaciones. Lo que resulta relevante es que podemos identificar un problema y una profesión de fe -de fe en la racionalidad-. Nos encontramos ante un problema del tipo *no refutado aún*. Aunque es una teoría coherente con los datos, no excluye otras hipótesis alternativas. En este sentido, sería erróneo, por insuficiente, fundamentar las políticas públicas con base en estos hallazgos empíricos.

Profiling racial

Una pluralidad de economistas afirma que el uso del *profiling* racial puede mejorar la eficiencia de la actividad policial, logrando el incremento del número de intervenciones exitosas (KNOWLES/PERSICO/TODD, 2001; HERNANDEZ-MURILLO/KNOWLES, 2003). Asumiendo que las personas responden racionalmente al incremento de los costes del delito -acogiendo la teoría de la acción racional-, la consagración de más recursos policiales a la población de mayor tasa de criminalidad reducirá dicha tasa (dada la mayor probabilidad de ser descubiertos y penados). Si asumimos, además, que las minorías tienen una tasa de delincuencia más elevada que los blancos, el nivel óptimo de *profiling* se produciría cuando la tasa de criminalidad de las minorías se redujese hasta el mismo nivel de la correspondiente a los blancos. En ese punto, la policía maximizaría el número de intervenciones exitosas, y no tendría interés legítimo alguno en intensificar la aplicación del *profiling* a las minorías. Los economistas verifican estas conclusiones con ecuaciones matemáticas y modelos económicos precisos.

Sin embargo, incluso en el marco de estas premisas, el *profiling* racial puede incrementar la tasa general de delincuencia (HARCOURT, 2007a: 111-144). Todo depende de la receptividad relativa de ambos grupos -las minorías a las que aplica el *profiling*, y los blancos a quienes no se aplica- frente a la estrategia. Si las minorías presentan *menor* receptividad frente a la estrategia que los blancos, su descenso en la actividad delictiva será superado, en cifras absolutas, por la receptividad más elástica de

estos -es decir, por el incremento de la delincuencia de los blancos en respuesta al hecho de que son menos perseguidos. Esta situación se producirá aunque el número general de las intervenciones policiales exitosas *se incremente* -a pesar del hecho de que la policía esté descubriendo y sancionando *más* delitos. Demuestro esta conclusión con ecuaciones matemáticas y modelos económicos precisos en *Against prediction* (2007a: 132-136).

Los economistas han asumido esencialmente en su modelo de *profiling* racial que las minorías presentan una receptividad frente a la estrategia comparable a la de los blancos, si no mayor. Si no hubiesen asumido esa premisa esencial, sus propios modelos demostrarían que el *profiling* racial puede incrementar el volumen de delincuencia en la sociedad -lo que no es un resultado eficiente. Sus planteamientos son no refutables, pero sólo bajo presupuestos dudosos. Son verificables matemáticamente sólo si asumimos una premisa sobre la elasticidad relativa de ambos grupos que carece de fundamento. (De hecho, si las minorías tienen una tasa de criminalidad más elevada que la de los blancos, es mucho más probable que la causa de esa diferencia, quizás las menores oportunidades de empleo, disminuya su receptividad frente a la estrategia en relación con los blancos).

Entiendo que este es un problema *intrínseco* a su propio modelo: incluso asumiendo la disuasión (lo que, para muchos, constituye un salto argumentativo en sí mismo) existe un problema en relación con el cual estos economistas hacen otra profesión de fe. ¿Por qué? De nuevo, no importa. Yo especularía con que es debido a que *desean* un modelo claro, armónico, matemático, que afirme la racionalidad. Quizás por eso son economistas. Pero en cualquier caso, la razón por la que hacen una profesión de fe no importa. Lo que importa es que lo hacen, y que podemos identificarlo.

Mantenimiento del orden

Para una tercera ilustración permítanme recurrir a una práctica moderna de vigilancia y control. A comienzos de los años '90, varias de las principales ciudades estadounidenses comenzaron a implementar estrategias de mantenimiento del orden -señaladamente, de la ciudad de Nueva York, en 1994, donde el alcalde Rudolph GIULIANI y su máximo responsable policial, William BRATTON, pusieron en marcha la "iniciativa de calidad de vida". Las estrategias de mantenimiento del orden residieron en la teoría de las "ventanas rotas": la idea de que los desórdenes barriales menores, como los graffiti o el vagabundeo, si no se les prestaba atención, causarían actividades criminales graves (WILSON/KELLING, 1982: 31; HARCOURT, 2001: 23-27; HARCOURT/LUDWIG, 2006: 278-287).

Durante los años '90, varios defensores del mantenimiento del orden declararon que la teoría de las ventanas rotas había sido empíricamente verificada (KELLING/COLES, 1996: 24). Sostuvieron esta afirmación con los resultados de un estudio de 1990 titulado *Disorder and Decline*. La investigación posterior descubrió diversos fallos en el estudio, que socavaron la confianza en sus resultados (HARCOURT, 2001: 59-78). Incluso obviando estos fallos, el estudio de 1990 usó una base de datos estática para probar una hipótesis dinámica: los datos consistían en desórdenes y victimización de robo en un momento temporal concreto, mientras que la teoría de las ventanas rotas postulaba una secuencia de desarrollo temporal. El análisis estadístico no podía refutar -y, por lo tanto, no lo hizo- la hipótesis de las ventanas rotas. Como Ralph TAYLOR apuntó sintéticamente, el estudio de 1990 resultaba fuera de lugar "*porque estos datos son transversales, y la tesis es longitudinal*" (TAYLOR, 2006: 1626). Este problema se encontraba entre lo -no-refutado-todavía-porque-no-realmente-probado y la verdad. De nuevo, era inapropiado en aquel momento usar los resultados del estudio como base para fundamentar las políticas públicas.

En la actualidad, el sustento científico y social de la teoría de las ventanas rotas reside principalmente en un estudio de 2001 realizado por George KELLING y William SOUSA. En su estudio, KELLING y SOUSA centran su atención a los 75 distritos policiales de la ciudad de Nueva York durante el periodo 1989 a 1998. Los autores comparan estadísticamente la relación entre la incidencia de la delincuencia violenta y la política de las ventanas rotas, así como otras tres variables independientes -desempleo, demografía, y consumo de crack-, simulando grupos de comparación mediante el tratamiento de la ciudad como 75 entidades separadas y comparables. Analizando los cambios a lo largo del periodo, concluyen que la política de las ventanas rotas está relacionada significativamente con los descensos en la criminalidad violenta barrial durante un periodo de 10 años -a diferencia de los parámetros de demografía, de desempleo y de uso de drogas, que no lo están.

El problema con el estudio de KELLING y SOUSA es que no toman en cuenta el posible efecto de lo que los estadísticos denominan “reversión promedio”. Un examen de sus datos muestra precisamente eso: aquellos distritos que experimentaron la *mayor caída* en la criminalidad durante los años ‘90 fueron los que experimentaron los *mayores incrementos* en delincuencia durante la epidemia de crack de la segunda mitad de los ‘80. En otras palabras, bien puede ser cierto que los distritos que recibieron las mayores dosis de política de las ventanas rotas en los ‘90 experimentaron las mayores reducciones de criminalidad. Pero esos distritos fueron precisamente los que resultaron más duramente afectados por la epidemia de crack que impulsó las tasas de homicidio en la ciudad de Nueva York desde la mitad de los ‘80 hasta inicios de los ‘90. En todos los lugares en que la criminalidad se disparó como resultado de la epidemia de crack, la delincuencia declinó notablemente cuando la epidemia menguó -lo que, por cierto, sucedió igualmente en todo el país.

En un reciente estudio con Jens LUDWIG demostramos que los descensos en la criminalidad observados en la ciudad de Nueva York en los años ‘90 eran exactamente lo que podía haberse previsto en relación con el auge y el declive de la epidemia de crack, incluso aunque Nueva York no se hubiese embarcado en su estrategia de las ventanas rotas (HARCOURT/LUDWIG, 2006: 315). Jens LUDWIG y yo mismo denominamos a esto la Ley de Newton de la criminalidad: lo que sube debe bajar, y lo que más sube tiende a bajar más. Lo que representa, en efecto, es una hipótesis alternativa que explica de forma más completa la relación entre delincuencia y prácticas político-criminales.

Hay un tercer problema -o cuarto o quinto. Francamente, he perdido la cuenta. KELLING y SOUSA deducen la veracidad de la teoría de las ventanas rotas -y defienden una política pública de las ventanas rotas- sobre la base de una hipótesis no refutada que no logra superar la prueba de una explicación alternativa. Pero incluso aunque hubiesen tomado en cuenta la reversión promedio, todavía permaneceríamos en una hipótesis no refutada: la teoría de las ventanas rotas no ha sido desacreditada por el estudio de Jens LUDWIG y mío sobre los datos de la ciudad de Nueva York, simplemente hemos ofrecido una explicación diferente (aunque, en nuestra opinión, mejor) de las tendencias de evolución de la criminalidad.³ ¿Pero quién puede decir cuál es la correcta? Es, como sugerimos LUDWIG y yo, un *Scotch verdict*⁴: no probado; y eso es un problema.

3 Sugeriría que la segunda parte del estudio, que se aproxima al programa MTO, refuta en realidad la hipótesis de las ventanas rotas (HARCOURT/LUDWIG, 2006: 300-314), pero dejo la polémica para otro momento.

4 [N. de los T.] Por “*Scotch verdict*” (veredicto escocés) se entiende un juicio o pronunciamiento no concluyente, o, en términos jurídicos más específicos, un veredicto admisible en ciertos asuntos en la jurisdicción penal escocesa que simplemente indica que la culpabilidad no ha sido probada.

¿Por qué están dispuestos KELLING y SOUSA a hacer una profesión de fe y apoyar políticas basadas en la teoría de las ventanas rotas -una teoría que en el mejor de los casos no ha sido refutada? No importa. Creo que sé por qué, pero por supuesto puedo estar equivocado: George KELLING, el coautor del artículo *Broken Windows* original, ha invertido mucho en esa verdad, especialmente ahora que está dirigiendo un negocio de consultoría, el *Hanover Justice Group*, que vende métodos policiales de las ventanas rotas a alcaldes y consejos municipales. Pero, de nuevo, en realidad no importa. Lo que importa aquí es que hemos identificado otro problema y la correspondiente profesión de fe.

La pena de muerte

Los escritos modernos sobre la pena capital también muestran una indeterminación radical -esos problemas y ambigüedades que permiten a los modernos expresar, más que nada, sus intuiciones morales sobre la pena justa. Tomemos, por ejemplo, la literatura moderna de la elección racional sobre la pena de muerte. BECCARIA, el primer verdadero teórico de la elección racional, no creyó que el soberano tenga el derecho a condenar a muerte. La pena capital, de acuerdo con BECCARIA, entraba dentro del dominio de la guerra y, en esa medida, estaba gobernada por las reglas de la necesidad y la utilidad. BECCARIA no creía, sin embargo, que la pena de muerte sirviese a ninguno de estos principios. No era necesaria, porque las penas de larga duración, como la servidumbre penal o la esclavitud perpetua, eran más efectivas e intimidatorias que el momentáneo shock de la muerte. No era tampoco útil, porque la pena capital genera un efecto de embrutecimiento en la sociedad (BECCARIA, 1995: 67). Jeremy BENTHAM -el verdadero portavoz de la teoría de la disuasión marginal en la era moderna- estaba completamente de acuerdo: “*cuanta más atención se presta a la pena de muerte más cabe inclinarse a adoptar la opinión de BECCARIA: que debería ser abandonada. Esta cuestión es tan hábilmente discutida en su libro que tratarla tras él es una labor que bien puede ser dispensada*” (citado en HART, 1982: 41).

Retorno al presente, al día de Navidad de 2005 (nótese la ironía de la fecha). En ese momento, Gary BECKER, uno de los teóricos de la elección racional líderes a nivel mundial, y premio Nobel de economía, escribe en su blog: “*Mi creencia en el efecto intimidatorio [de la pena de muerte] está basada parcialmente en esos estudios cuantitativos limitados, pero también en que creo que la mayor parte de la gente tiene un poderoso miedo a la muerte. David HUME dijo, debatiendo sobre el suicidio, que “ningún hombre renunció nunca a la vida mientras valía la pena vivirla. De ahí nuestro horror natural a la muerte...”. SCHOPENHAUER añadió, discutiendo el suicidio, “tan pronto como los terrores de la vida alcanzan un punto en el que superan a los terrores de la muerte, un hombre pone fin a su vida. Pero los terrores de la muerte ofrecen considerable resistencia.”* (Blog BECKER-POSNER, 25 de diciembre de 2005). Richard POSNER añade, también el día de Navidad: “*No considero a la venganza como un fundamento inadmisibles para la pena capital. La venganza tiene raíces muy profundas en la psique humana*” (Blog BECKER-POSNER, 25 de diciembre de 2005).

Casi sería divertido, si no fuese tan triste, contemplar a estos modernos revolverse y contorsionarse para justificar sus propias intuiciones éticas acerca de matar a otras personas. La única cuestión para un teórico de la elección racional es si la pena de muerte realmente disuade los homicidios, al margen de cualquier otro efecto. BECCARIA optó por creer que el efecto de embrutecimiento superaba al efecto de disuasión. BECKER optó por creer que la gente teme a la muerte. La literatura empírica ofrece resultados divergentes (vid DONOHUE/WOLFERS, 2005). BECKER y POSNER deciden creer a los economistas que hallan un efecto intimidatorio. Es digno de ver -aunque descorazonador para aquellos que en algún momento creyeron en el proyecto crítico de la razón.

Todo esto no pretende sugerir que los teóricos de la elección racional son los únicos que muestran meras elecciones. Escuchemos a HEGEL: “*El intento de BECCARIA de abolir la pena capital ha tenido efectos benéficos. Incluso si ni Joseph II ni los franceses lograron abolirla por completo, hemos comenzado a analizar qué delitos merecen la pena de muerte y cuáles no. En consecuencia, la pena capital se ha vuelto más infrecuente, como de hecho debe ocurrir con este castigo extremo*” (HEGEL, 1981: 247 [cursiva suprimida]). Estas son frases reveladoras. Lo que nos cuentan, sin embargo, no es la forma adecuada de formular la indagación, ni la respuesta correcta a la pregunta adecuada, sino algo más fundamental sobre las convicciones personales del autor -y de qué modo el autor supera la indeterminación inherente a sus propios principios.

IV.

Estos problemas y ambigüedades enterrarán el periodo moderno -o, al menos, deberían. Incluso los más acerados críticos, los pensadores más radicales, nunca fueron capaces de escapar a la poderosísima urgencia de construir algún nuevo paradigma, un nuevo edificio, algún puente para llegar al otro lado del conocimiento. Ni los seguidores de NIETZSCHE, DURKHEIM o MARX ni los críticos culturales fueron capaces de resistirse al cebo de la reconstrucción, siempre buscando apresuradamente la “mejor evidencia” para alisar el terreno de sus planteamientos. Ni siquiera Michel FOUCAULT -el más sabio de los modernos- pudo resistirse a quebrar nuestra fe en la rehabilitación con una historia genealógica -que requirió igualmente una gran profesión de fe. Trágicamente, esto ha sido así para los críticos culturales tanto como lo fue para los dos tipos de reflexiones anteriores.

Muchos han argumentado a lo largo del tiempo -y todavía lo hacen- que deberíamos simplemente continuar viviendo con nuestra estructura de conocimiento, y ajustar nuestras expectativas de verdad: que lo no-todavía-refutado simplemente es el mejor modelo -lo que, evidentemente, es difícil de cuestionar- y que deberíamos continuar empleando la razón para seleccionar las inferencias empíricamente más sólidas y las deducciones de principios más coherentes. Sin embargo, la idea de que podríamos distinguir entre las diferentes hipótesis coherentes con los datos o los principios con base en lo que “posee mayor sentido”, “suena más razonable” o “parece más coherente” es simplemente quimérica. Estos tipos de juicio están tan determinados culturalmente, y tan notablemente influenciados por nuestro tiempo y lugar, que resulta inconcebible que cualquier ser racional pueda hoy continuar haciendo tales afirmaciones, en esta etapa tardía de la modernidad -al menos, con la frente alta.

Ya no. Es demasiado embarazoso contemplar cómo una generación de modernos tras otra, bajo el signo de la razón, salta, esquiva y elude los problemas del conocimiento. Podría pensarse que la frenología debería haber bastado para detenernos, pero no, en vez de ello presenciamos la aplicación de teorías biológicas deterministas sobre el comportamiento social a la violación masculina, teorías criminológicas basadas en el concepto de pobreza moral aplicadas a varones negros super-depredadores, teorías de la acción racional aplicadas a terroristas suicidas -y continúa y continúa la lista de teorías que requieren tantas suspensiones y excepciones que incluso un niño cuestionaría nuestra creencia moderna en la racionalidad.

No podemos seguir eludiendo lo no refutado aún. No sería una solución mejor que retrasar el reloj y resucitar la fe en la divina providencia. La genealogía foucaultiana *no* soluciona el problema: trazar el proceso de formación de la creencia no supone más que seducirnos para creer otra explicación para la que difícilmente hay una evidencia mejor. Ello también requiere una profesión de fe. El giro cultural tampoco solu-

ciona nada. La idea de que podríamos interpretar el significado social de una práctica o institución punitiva contemporánea -dejando al margen una práctica que se produjo en un contexto histórico y cultural completamente diferente- es una mera ilusión. El hecho de que la interpretación cultural sea persuasiva para nosotros nos dice mucho más de lo que entendemos convincente -cómo categorizamos, qué clase de evidencia entendemos persuasiva, a qué disciplinas nos adherimos- de lo que afirma sobre el "significado social" de la propia práctica. E incluso cuando llegamos a una rica descripción que otorga sentido al mundo que nos rodea, incluso cuando logramos esa formidable tarea de interpretación simbólica, no nos aproximamos aún a la formulación de conclusiones normativas. Estamos ubicados precisamente en el problema, obligados a realizar un salto lógico. La interpretación simbólica no nos dice nada sobre cómo surge la práctica, cómo transformarla o cambiarla, o cómo modificar su significado social. El significado social no ofrece un anclaje para la acción.

V.

¿Dónde nos sitúa esto? La respuesta tiene que ser la *aleatoriedad*. Donde nuestras teorías científico-sociales se agotan, donde nuestros principios se ven limitados, deberíamos dejar la decisión al azar. No deberíamos continuar realizando esa profesión de fe, sino orientarnos hacia el cara o cruz, el lanzamiento de los dados, la lotería -en suma, hacia la aleatoriedad y el azar. Y deberíamos hacerlo, casi dudo en afirmarlo, en el ámbito del delito y de la pena.

En el campo de las investigaciones policiales, de la vigilancia y de la detección del delito, las instancias del sistema penal deberían orientarse bien hacia la totalidad, bien hacia el muestreo aleatorio. El *Internal Revenue Service* podría auditar las devoluciones de impuestos aleatoriamente, usando un sistema de lotería basado en un número de la seguridad social. La *Transportation Security Administration* podría investigar a cada pasajero en el aeropuerto, o aleatoriamente seleccionar un cierto porcentaje de ellos por medio de un algoritmo generado por ordenador usando los apellidos. La *Occupational Safety and Health Administration* podría investigar el cumplimiento por parte de los empresarios mediante una selección aleatoria a partir del número de identificación fiscal. En estas y otras investigaciones profilácticas de aplicación de la ley la agencia podría muy fácilmente reemplazar el *profiling* -que se sustenta en premisas inciertas sobre sensibilidad y acción racional- por la aleatoriedad.

En la elección de prioridades en materia de persecución del delito, las agencias gubernamentales deberían comenzar distribuyendo recursos al azar. La fiscalía de distrito, así como la fiscalía federal, podrían seleccionar anualmente objetivos de persecución del delito (entre otros, por ejemplo, corrupción pública, abuso de información privilegiada en el mercado de valores, infracciones de drogas o delitos violentos) aleatoriamente. Las autoridades estatales de la policía de tráfico podrían distribuir coches patrulla por medio de un sistema cartográfico aleatorio, usando carreteras de elevada densidad de tráfico y autopistas interestatales. El *Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms* podría elegir entre iniciativas de impacto similar, con base en un sorteo de lotería anual.

Y sí, incluso en el área de condena y ejecución, los tribunales y las administraciones penitenciarias deberían comenzar a pensar en confiar más en el azar. Los jueces podrían imponer condenas, tras el veredicto de culpabilidad, basadas en un sorteo, en el marco de unos rangos de condena prescritos normativamente; los rangos podrían ser fácilmente determinados, por ejemplo, mediante clasificaciones delictivas. El departamento de ejecución podría asignar reclusos a los establecimientos de forma aleatoria, en el marco de categorías determinadas por riesgo de fuga o nivel de seguridad. Los reclu-

sos con necesidades de tratamientos de drogas, alcohol o salud mental podrían ser asignados a programas semejantes con base en un sorteo de lotería.

Esto no es tan descabellado como pueda parecer. Se asume, naturalmente, un esquema de condena con rangos específicos para diferentes grados de infracción. El mismo tipo de aleatoriedad, no obstante, podría ser introducido en el proceso legislativo para decidir sobre marcos de penalidad o para establecer mínimos de cumplimiento efectivo (si las condenas fijas se prefieren a los marcos de penalidad). De este modo, por ejemplo, los legisladores, no teniendo un modo científico o sustentado en principios para distinguir entre 6 ó 12 meses de prisión para una lesión agravada, podrían recurrir al azar. La aleatoriedad permitiría a estos legisladores elegir un mínimo de cumplimiento efectivo entre estos límites.

La lógica común que atraviesa todo esto es cuestionar y, en último caso, rechazar el uso del castigo criminal como un mecanismo de ingeniería social. El deseo de detenerse, y rechazar la asunción de profesiones de fe no representa más, en la práctica, que *cesar de tratar mediante la ingeniería* a las personas y a las relaciones sociales, a través de la sanción criminal. El impulso central consiste precisamente en renunciar a moldear a las personas con los instrumentos penales -y, de este modo, en liberar el campo del delito y de la pena de la ciencia social especulativa y de los principios indeterminados.

La razón crítica revela los límites de nuestros principios de razonamiento. Nos conduce al punto en el que nuestros predecesores siempre hicieron su profesión de fe. Ilumina aquellas construcciones teóricas que los modernos emplearon para salvar los problemas del conocimiento. Ahora debería servirnos también para liberar el campo de estas construcciones. Debería permitirnos emplear el único instrumento imparcial para decidir nuestro destino: la aleatoriedad, las loterías, los dados y la suerte. Y la cuestión no es arrojar los dados para elegir entre diferentes teorías, todas las cuales requieren una profesión de fe, sino emplear la razón crítica para marginar esas teorías. Eliminarlas -y, de este modo, poner fin a la ingeniería social.

VI.

¿Hasta dónde debemos avanzar con esto? Una vez que hemos comenzado a lanzar los dados, ¿Cómo sabremos cuando parar? Si usamos una lotería dentro de los límites de condena, ¿por qué no sacar todas las condenas de la misma urna? ¿Por qué no determinar la culpabilidad por el lanzamiento de una moneda? ¿Por qué no, incluso, decidir a quién acusar por medio de un sorteo? Esta es, en fin, la temática del brillante relato breve de Jorge Luis Borges, *La Lotería en Babilonia* (1998). Una vez que desciendes por el camino del azar, el sendero puede perfectamente conducir al infierno. Una vez que hemos probado el dulce néctar del azar, ¿dónde encontraremos el lugar adecuado para detenernos?

El grado de escepticismo

La cuestión central no es que no sepamos nada. No. Tenemos algún conocimiento intuitivo básico que nadie puede cuestionar. Como cuestión empírica, sabemos que si ejecutamos a alguien, no vamos a ser capaces de rehabilitarlo. Como cuestión de principio, sabemos que matar a una persona es peor que robarle la cartera. Sabemos que violar a alguien es peor que realizar graffitis. Sabemos que castigar a una persona completamente inocente está mal. Y podemos utilizar estos mínimos ingredientes de certeza para establecer límites al empleo del azar. De este modo, por ejemplo, no extraeremos

las penas para el homicidio y para el hurto -o para la violación y el vandalismo- de la misma urna. No decidimos a quién acusar por medio del sorteo. Estas formas elementales de conocimiento nos permiten hacer descansar mínimamente nuestras prácticas punitivas en nociones muy básicas de proporcionalidad. Por ejemplo, el homicida condenado y la persona que excede los límites de velocidad no pueden ser tratados del mismo modo. Imponemos restricciones de proporcionalidad en el uso del azar. Quizás creemos una categoría para el homicidio, otra para las lesiones físicas o psíquicas graves, y otra para los daños. Hay algunos límites naturales al uso de la aleatoriedad.

Sólo recurrimos al azar cuando nuestra ciencia social y nuestros principios se agotan. Los casos obvios son aquellos en los que los resultados de nuestra ciencia social descansan en evidencias insuficientes, datos débiles, o modelos equivocados, aquellos en los que no existen en absoluto evidencias científicas, o en los que existen hipótesis alternativas igualmente plausibles, que son todas igualmente no refutadas -en otras palabras, cuando no tenemos resultados científicos dignos de confianza. Esto, entiendo, apenas puede ser discutido. Nadie busca penar intencionadamente a otro ser humano con base en una ciencia equivocada, o en ausencia de ciencia.

¿Y qué sucede en el caso más complicado en el que existe un estudio científico digno de confianza que refuta una hipótesis nula? En este caso, yo argumentaría que necesitamos elaborar distinciones entre tipos de teorías científicas y salvar sólo aquellas que involucran elementos de la *física social*. Por física social entiendo aquellos planteamientos que son necesariamente verdaderos como resultado de la naturaleza física de nuestra existencia mortal. Las teorías que dependen de la intermediación de la conciencia humana y de la toma de decisiones deben ser marginadas, dejadas para más tarde, para cuando tengamos más tiempo libre o, quizás, para cuando hayamos logrado adelantos en nuestros estudios sobre la conciencia. Por el momento, sin embargo, deberíamos centrarnos únicamente en la física social.

A modo de ilustración, consideremos cuatro teorías de notable difusión en el ámbito del delito y de la pena: la teoría de la elección racional, la teoría de las ventanas rotas, la teoría de la legitimación y la teoría de la incapacitación. Las tres primeras operan a través de la intermediación de la conciencia humana. En cada caso, las teorías dependen de actores que creen ciertas cosas y conforman su comportamiento de acuerdo con ello. La primera asume que los individuos persiguen su propio interés o maximizan su utilidad, y que, de acuerdo con ello, cuando el coste del delito crece, cometen menos infracciones. Es una teoría que nos requiere aceptar la idea de que los individuos -sea consciente o inconscientemente- conforman su comportamiento a expectativas calculadas de éxito o fracaso. La segunda y tercera teorías -las teorías de las ventanas rotas y de la legitimación- también dependen de que las personas tengan en cuenta su ambiente social o físico -un barrio en desorden, en un caso, un policía descortés o insolente, en el otro- y adapten su comportamiento de acuerdo a ello. Las tres teorías requieren un determinado proceso del intelecto humano y una decisión sobre el comportamiento. Requieren la intermediación de la conciencia humana. No son verdaderas ni falsas, sino sólo no refutadas aún, no claramente refutables en el futuro inmediato.

En cambio, la cuarta teoría implica física social. Si detenemos físicamente a un individuo y lo aislamos del mundo libre no cometerá infracciones en el exterior. Esto es materia de física social, no ciencia social moderna. Del mismo modo, el traslado hace físicamente imposible para un recluso delinquir en la jurisdicción original. Únicamente estos tipos de teorías son hipótesis respetables para el siglo XXI. Desde luego, de este modo se estrecha el ámbito de postulados empíricos y de principios aceptables, pero ello es positivo.

Mi intención no es probar una hipótesis de física social, sino ilustrar una cuestión: la razón crítica no debe eliminar necesariamente todas las teorías relacionadas con

el delito y la pena. Todavía debe haber espacio para algunos resultados empíricos que eviten la intermediación de la conciencia humana. Es importante señalar, no obstante, que incluso estos infrecuentes planteamientos de física social no resolverán las elecciones político-criminales. El hecho de que la incapacitación o el traslado hagan imposible que el recluso delinca (al menos, en la jurisdicción original) no nos dice si tal efecto será superado por otras teorías que supongan la intermediación de la conciencia, como el efecto de embrutecimiento del recluso o las consecuencias de privaciones para su familia y su comunidad. Tampoco nos dice cuánta incapacitación debemos tener. Ello nos conduce a otro problema empírico y teórico que simplemente no podemos superar. La selección y eliminación de planteamientos que descansan en la intermediación de la conciencia nos dejará muy frecuentemente sin guía alguna, sin ninguna teoría. No existirá la “mejor evidencia” que cubra el vacío. ¿Cómo organizaremos entonces nuestro ambiente político y social? Ya sabemos la respuesta en este momento: mediante la aleatoriedad.

Finalmente, el grado de incertidumbre en el ámbito punitivo no es completo, pero sí crucial. El modelo de la no refutación por sí solo no es adecuado para seleccionar las teorías científicas. Necesitamos, además, un mecanismo que distinga entre hipótesis científicas que intermedien a través de la conciencia y aquellas que no. Las primeras son demasiado sensibles a la ideología. Sólo las segundas pueden constituir una base válida para la toma de decisiones. Digo “ideológicas” en el sentido de que las teorías científicas que intermedian a través de la conciencia están moldeadas por contextos históricos, sociales y familiares que cambian con el tiempo, y están afectadas por las prácticas punitivas que implementamos. En esta área hay un mecanismo de retroalimentación -lo que Ian HACKING denomina “un efecto bucle” (HACKING, 2006: 2). Las prácticas y categorías que proyectamos nos conforman como sujetos y cambian el modo en que respondemos a esas mismas prácticas. En consecuencia, estas teorías estarán necesariamente influenciadas por compromisos ideológicos, tomas de posición y prejuicios. Es necesario eliminarlas del ámbito del delito y de la pena.

El dominio de la incertidumbre

¿Se extiende esto a las ciencias naturales -o, al menos, a las ciencias puras, en contraste con las ciencias humanas? ¿Se aplica a campos en los que las manipulaciones no transforman los objetos de estudio, o los procesos subyacentes? En biología, por ejemplo, puede haber placebos y efectos mentales que intermedian a través de la conciencia. ¿Pero es tan diferente en física y en química? Incluso en las ciencias humanas parece haber ámbitos de conocimiento científico más dignos de confianza. ¿Es el establecimiento de una política fiscal o de los tipos de interés, por ejemplo, más “cierto” que el establecimiento del precio del delito? ¿Podría haber, de algún modo, un continuo en términos de intermediación de la conciencia? ¿Podría tener algo que ver con el elemento racional en el proceso de toma de decisiones? En otras palabras, ¿Está más relacionado el gasto en consumo con la racionalidad económica que la comisión de delitos?

Estas cuestiones han sido fuente de debates formidables durante siglos. Naturalmente, hay importantes diferencias entre las ciencias humanas y las ciencias puras, la menor de las cuales no es la posibilidad y el uso de diseños experimentales en las ciencias naturales. Los experimentos y los grupos de control permiten diferentes perspectivas de correlación. Pero estas cuestiones son demasiado insignificantes para referirse a ellas en un ensayo breve -y distraen en exceso la atención. Distraen la atención porque nos paralizan, y evitan que hagamos lo que procede *en el ámbito del delito y de la pena*. Dejemos al margen tales interrogantes -para ser respondidos en otro momento- y limitémonos a la producción intencional de dolor como forma de castigo. El mismo razonamiento bien podría aplicarse en otro ámbito, pero eso no es de nuestra

incumbencia. El tiempo apremia. Nuestros hermanos y hermanas están siendo penados. En este momento simplemente podemos limitar estos planteamientos de razón crítica al ámbito penitenciario.

¿Por qué recurrir a la aleatoriedad?

Hay otras alternativas, por supuesto. En el momento de tomar la decisión sobre el castigo, hay otras opciones. Podríamos simplemente continuar con lo que hemos hecho en el pasado. Hacer lo que hicimos antes, usar las mismas penas que nuestras madres y padres. Podríamos tomar en cuenta el *statu quo*. El problema es que aquellos juicios fueron precisamente el resultado de años y años de profesiones acrílicas de fe. No habríamos aprendido nada del ejercicio de la razón crítica. Alternativamente, podríamos recurrir al proceso democrático, y permitir al legislador que decida. Pero al final su voto no reflejará más que los prejuicios, las ideologías, las parcialidades y, de nuevo, profesiones de fe. Podríamos decidir simplemente imponer nuestros gustos y preferencias estéticas, pero esta parece una alternativa odiosa e irracional.

No, debemos recurrir a la aleatoriedad porque no tenemos *otra alternativa*. Debemos recurrir a la lotería porque es el único modo de actuar dentro de los límites de la razón crítica. Debemos recurrir a los dados por defecto. Por supuesto, la aleatoriedad puede tener algunos elementos positivos. Puede recordarnos que nuestros conocimientos son limitados. Puede resaltar el temible papel de la ideología en nuestras prácticas penales. Puede ayudarnos a reunir información. Usando una forma de selección aleatoria podemos aprender mucho del mundo de la desviación que nos rodea. La aleatoriedad puede ofrecer más transparencia en nuestra política criminal. Y, de hecho, puede ser más eficiente que la alternativa. Pero ninguna de ellas es la razón por la cual recurrimos a la aleatoriedad. Recurrimos a ella porque no hay alternativa satisfactoria desde la perspectiva de la razón crítica.

VII.

La aleatoriedad no es en absoluto extraña a la ley -y no sólo en la prolífica imaginación de François RABELAIS (RABELAIS, *Tiers Livre* III: 39, 1999). Diversos estados establecen legalmente en la actualidad el lanzamiento de una moneda para resolver empates electorales (CHOPER, 2001: 340, n. 22). La ley de Louisiana expresamente afirma que “*en caso de empate, el secretario de estado invitará a los candidatos a su despacho, y determinará el ganador por el lanzamiento de una moneda*” (La. Rev. Stat. 46: 1410(C)(3) (2005)). En Nuevo México una mano de póker es el modo de resolver un empate (REUTERS, 2000). Del mismo modo, una pluralidad de tribunales reparte tierras en litigio por sorteo (ZITTER, 1999). La aleatoriedad también se proyecta sobre múltiples estrategias policiales, incluidos los controles de alcoholemia y la selección aleatoria de los pasajeros de líneas aéreas a los efectos de controles adicionales en los aeropuertos. Juega un amplio papel en la detección del delito. Nuestra sociedad acoge una “*lotería de la detección*” (DUFF, 1990: 26-27). Incluso los esquemas de condena determinada contienen un elemento de azar significativo. Una lotería decide la suerte del asunto en relación con qué juez -benigno o severo- resuelve la condena (HAREL/SEGAL, 1999: 292).

Eficiencia y disuasión

Con todo, la demanda de más aleatoriedad encontrará indudablemente gran resistencia. Muchos protestarán instintivamente que el uso del azar es mucho menos efi-

ciente que el *profiling*, o que concentrarse en los mayores infractores -que es inútil gastar recursos de persecución del delito en infractores de bajo riesgo. No tiene sentido dirigir los controles de seguridad aeroportuaria extra a abuelas ancianas en sillas de ruedas, o a familias con niños -o a “*girl scouts y abuelitas*”, como escribe un reciente comentarista (SPERRY, 2005). Sin embargo, como demostré en otro lugar con ecuaciones y gráficos, el *profiling* sobre la base de tasas de criminalidad por grupos puede ser contraproducente, y puede generar una mayor incidencia delictiva, incluso bajo premisas muy conservadoras sobre elasticidades relativas de las distintas poblaciones (HARCOURT, *Against Prediction*, 2007a, 129-132; 2007b). No tenemos razones teóricas aceptables para creer que la persecución focalizada del delito sería eficiente en términos de descenso de la criminalidad, o incrementaría, más que disminuir, el bienestar social general.

Los economistas más sofisticados pueden responder que diseñar la persecución focalizada del delito, en relación con grupos que presentan mayor receptividad maximizaría el resultado de toda inversión en la aplicación de la ley (MARGOLIATH, 2007). Pero en este punto afrontamos un vacío empírico. Lo que necesitaríamos sería evidencia empírica fiable que se refiera tanto a las tasas de criminalidad comparativas cuanto a las elasticidades relativas de las poblaciones objetivo y no objetivo. Ofrezco la ecuación exacta para ello en *Against Prediction* (HARCOURT, 2007a: 133). Esa evidencia, sin embargo, no existe. El problema no es la fiabilidad de la evidencia, el problema es que simplemente no existe.⁵ Si hubiese un lugar para evitar la adopción de profesiones de fe, sin duda sería este, en el que no hay en absoluto datos empíricos.

El saber convencional entre los analistas económicos del Derecho es que incrementar la probabilidad de detección logra una mayor prevención del delito que incrementar la sanción, debido a la elevada tasa de descuento imputada a los delincuentes (POLINSKY/SHAVELL, 1999: 12). Asumiendo que sea cierto, la decisión de acoger la aleatoriedad en las condenas no debería tener efectos en la disuasión. Usar una lotería de condena para determinar la duración del periodo de prisión, en el marco de rangos de condena preestablecidos, en lugar de usar una plantilla que establece perfiles en relación con antecedentes, uso de armas u otros factores, no cambiaría la *certeza* de la condena esperada y no necesitaría cambiar la *duración* esperada de tal condena.

Algunos analistas económicos del Derecho conductuales habían sugerido que la certeza de una condena criminal -el hecho de que la entidad de la sanción penal está fijada, y es conocida, con antelación- puede disuadir a los delincuentes más efectivamente que las condenas inciertas y, sobre esta base, habían argumentado contra loterías de condena (HAREL/SEGAL, 1999: 280). Sin embargo, estudios más recientes, que implican investigación experimental, sugieren que la incertidumbre relativa a una sanción puede ser más efectiva a los efectos de disuadir conductas desviadas. Los experimentos de Alon HAREL, Tom BAKER y Tamar KUGLER revelan que una lotería de condena puede ser de hecho más efectiva para disuadir conductas desviadas que las condenas fijas (BAKER/HAREL/KUGLER, 2003). Otros experimentos psicológicos

⁵ Hay una única excepción. Avner BAR-ILAN y Bruce SACERDOTE tienen un documento de trabajo de 2001 que examina la elasticidad comparativa frente a un incremento de la multa por saltar un semáforo en rojo, en relación con varias dimensiones (concluyendo que la elasticidad de saltarse el semáforo con respecto a la multa “es mayor para jóvenes conductores y para conductores con coches viejos”, equivalente para conductores “condenados por delitos violentos o delitos patrimoniales”, y menor, en Israel, para “miembros de grupos étnicos minoritarios”). Otro grupo de trabajos se aproximan a la materia, pero no analizan la cuestión básica de las elasticidades comparativas. Por ejemplo, el documento de trabajo de 2006 de Paul HEATON sobre el efecto de la eliminación de las políticas de *profiling* racial en New Jersey sobre la delincuencia de las minorías, “*Understanding the Effects of Anti-profiling Policies*” no se refiere a cómo se compara la elasticidad de los infractores negros con la de los blancos.

han mostrado igualmente que los individuos sienten aversión por la ambigüedad (HAREL/SEGAL, 1999: 291).

Castigo justo y suerte moral

La aleatoriedad en la condena encontrará probablemente mucha más resistencia, no sólo por preocupaciones de eficiencia, sino también por consideraciones de castigo justo y merecimiento. En una *Tanner Lecture* de 1987, Jon ELSTER revisó los argumentos favorables a la aleatoriedad y analizó una pluralidad de ámbitos legales en los que las loterías podrían tener sentido. No obstante, rechazó cualquier espacio para la lotería en el Derecho Penal. “*No creo que haya razones para incorporar las loterías en el Derecho Penal de hoy*”, concluyó ELSTER (ELSTER, 1987: 157). La mayor parte de los juristas académicos está de acuerdo -o, al menos, sugiere que como comunidad tenderíamos a estar de acuerdo. “*Insistimos en tomas de decisiones deliberadas y autoconscientes*”, señala Judith RESNIK. “*El lanzamiento de moneda ofende el compromiso de esta sociedad con la racionalidad. Aunque los procesos mentales de un juez, cuando pronuncia una condena de 20 o 30 días, no vayan más allá de un lanzamiento de moneda mental, la comunidad desea que las decisiones judiciales parezcan el producto de procesos contemplativos, deliberativos, cognitivos*” (RESNIK, 1984: 610-611).

Un importante volumen de literatura filosófica y jurídica se ha centrado en la cuestión de la suerte en el Derecho Penal, buena parte de ella vinculada a un debate más amplio sobre lo que Bernard WILLIAMS y Thomas NAGEL denominaron “suerte moral” (WILLIAMS, 1981: 20-39; NAGEL, 1979: 24-38). La mayor parte de los comentaristas se oponen al uso del azar (KADISH, 1994: 680; LEWIS, 1989: 58; KESSLER, 1994: 2237; DUFF, 1990; VON HIRSCH, 1976: 72-73). Sorprendentemente, no obstante, el papel de la suerte ha sido universalmente acogido, en este país y en Occidente, en el plano legal. La mayor parte de las jurisdicciones en EE.UU. impone la mitad de la pena en las tentativas; más allá de nuestras fronteras, la pena atenuada para la tentativa ha logrado “*una aceptación casi universal en el Derecho occidental*” (KADISH, 1994: 679).

¿Qué explica este rechazo académico casi universal del azar en Derecho penal? La razón, sugeriría yo, es que queremos creer, desesperadamente, que hay una alternativa racional. Nos aferramos a la idea de que hay un modo mejor, un modo más racional, un modo más aceptable moralmente. Como explica ELSTER, “*en la medida en que los seres humanos son animales que buscan significados, no se sienten cómodos con la idea de que los sucesos son solamente ruido y furia, sin significación alguna. Los seres humanos son también animales que buscan la razón. Quieren tener razones para lo que hacen, y crean razones cuando no existen. Además, quieren que las razones sean claras y decisivas, para hacer la decisión fácil, y no compleja*” (ELSTER, 1987: 174-175).

Discutiendo las loterías penales, R.A. DUFF indica que las loterías en general están justificadas sólo cuando “*no hay otro modo practicable, o moralmente aceptable, de distribuir los beneficios o las cargas en cuestión*” (DUFF, 1990: 26). Las loterías se justifican como un mecanismo por defecto, cuando no hay ningún otro modo moralmente justificable: “*lo que justifica tales loterías...es el hecho de que o es imposible eliminarlas, o sólo es posible reducirlas o eliminarlas a un costo inaceptablemente alto*” (DUFF, 1990: 27).

DUFF tiene razón. Lo que justifica las loterías, moralmente, es la falta de alternativa. Donde está equivocado, sin embargo -y donde todos parecen estar equivocados- es en creer que *hay una alternativa racional*. El hecho es que tenemos presentimientos. Que hacemos profesiones de fe. Pero no tenemos buenas evidencias o principios determinados para resolver las ambigüedades de las condenas. Las loterías de condena cobran sentido, finalmente, porque *no hay una opción mejor*.

CONCLUSIÓN

El final de la modernidad está a nuestro alcance. El triunfo final de la racionalidad está próximo. La razón ha logrado finalmente ese elevado estado de autoconciencia que permitirá identificar sus propios límites y detenerse ante ellos: ya no seguir confiando en la fe ciega para superar los inevitables problemas, ambigüedades e indeterminaciones del conocimiento humano; ya no llenar ese espacio más allá de las hipótesis no refutadas; preparada para sustentarse en el azar, el lanzamiento de la moneda, la aleatoriedad -lo arbitrario.

Esto representa el final del castigo como una práctica de transformación -como una práctica enderezada a cambiar a los mortales, a corregir a los delincuentes, a tratar a los desviados, a disuadir a los superdepredadores. Tendremos un castigo más saludable: ya no el campo de la ingeniería social -pero igualmente ya no la educación moral, la intervención social. La pena será desconectada y desactivada.

Iris Marion YOUNG me animó este último verano, con su modo sutil pero perspicaz, a emplear este ensayo como una oportunidad para explorar cómo sería un mundo sin castigo. Creo que ahora lo he visto. No es un mundo carente de cualquier cosa que pueda ser descrita como castigo. La persona culpable de homicidio o de malversación puede todavía ser condenada a prisión. Pero es un mundo en el que hemos dejado de castigar con base en presentimientos y teorías infundadas -en el que la pena es impulsada por la razón crítica y la aleatoriedad.

Quizás sea posible en este momento describir cómo la razón maduró por medio de los diferentes interrogantes que los modernos se plantearon en relación con la pena -desde los iniciales debates ilustrados sobre el derecho de castigar, al discurso de la teoría crítica y de la ciencia social positivista sobre las verdaderas funciones de la pena, hasta la crítica cultural y la ulterior ética postestructuralista. He pasado por muchos de estos estadios y todavía peleo con ellos cotidianamente.⁶ Hasta hace bien poco todavía creía que debemos aceptar las inevitables profesiones de fe en el conocimiento humano, y hacerlas transparentes. Que debemos “mancharnos las manos”, exponiendo completamente las opciones éticas que tomamos cuando investigamos y defendemos soluciones de política criminal (HARCOURT, 2005). Mi trabajo, como el de otros muchos postestructuralistas -Michel FOUCAULT especialmente, al final de su vida- había tomado una orientación hacia la ética, y hacia el cultivo del sí. Parecía que no había otra opción que reconocer la debilidad humana, y proceder abierta y honestamente.

Ya no. Nunca más profesiones de fe. Cuando estamos en el precipicio de la razón, enfrentados a hipótesis alternativas, a principios indeterminados, o a premisas cuestionables, debemos detenernos. Cesar de racionalizar qué hipótesis tienen mayor sentido. Cesar de ordenar mejores razones para una deducción de principio antes que para otra. Cesar de legitimar los presupuestos cuestionados. Orientarnos, en cambio, al azar. Resolver las indeterminaciones sacando la pajita más corta, lanzando una moneda, tirando los dados, ejecutando un algoritmo de computación. Necesitamos, en suma, ser maduros, y dejar que se despliegue el azar donde se agota la razón.

⁶ Mi proyecto de investigación de mayor duración explora la relación entre la hospitalización psíquica, el encarcelamiento y el delito (HARCOURT, 2007c). Justifico el proyecto como una investigación sobre la física social, pero estoy constantemente intentando restringir mis planteamientos a los límites de la razón crítica.

BIBLIOGRAFÍA

- BAKER, T./HAREL, A./KUGLER, T., "The Virtues of Uncertainty in Law: An Experimental Approach", en *Iowa Law Review*, nº 89, 2004, p. 443-494.
- BAR-ILAN, A./SACERDOTE, B., "The Response to Fines and Probability of Detection in a Series of Experiments", en National Bureau of Economic Research. Documento de trabajo nº 8638 (diciembre 2001).
- BECCARIA, C., *On Crimes and Punishments and Other Writings*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1995.
- Blog BECKER-POSNER <<http://www.becker-posner-blog.com>>.
- BLUMSTEIN, A./COHEN, J./NAGIN, D., "Report of the Panel on Research on Deterrent and Incapacitative Effects", en BLUMSTEIN, A. ET AL., *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, National Academy of Sciences, Washington D.C., 1978.
- BORGES, J.L., "The Lottery in Babylon", en *Collected Fictions*, Penguin Putnam, New York, 1998, p. 101-106.
- CHOPER, J.H., "Why the Supreme Court Should Not Have Decided the Presidential Election of 2000", en *Constitutional Comentary*, nº 18, 2001.
- DERRIDA, J., *Force de loi: le "Fondement mystique de l'autorité"*, Galilée, Paris, 1994.
- DEVLIN, P., *The Enforcement of Morals*, Oxford Univ. Press, London, 1965.
- DONOHUE, J./WOLFERS, J., "Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate", en *Stanford Law Review*, nº 58, 2005, p. 791-846.
- DUFF, R.A., "Auctions, Lotteries, and the Punishment of Attempts", en *Law and Philosophy*, vol. 9, nº 1 (febrero 1990), p. 1-37.
- ELSTER, J., "Taming Chance: Randomization in Individual and Social Decisions", en *The Tanner Lectures on Human Values*, dictada en Brasenose College, Oxford University, 6-7 mayo 1987.
- FEINBERG, J., *The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to Others*, Oxford University Press, New York, 1985.
- FEINBERG, J., *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others*, Oxford University Press, New York, 1987.
- FOUCAULT, M., *Surveiller et Punir: Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975.
- FOUCAULT, M., *Discipline and Punish*, Vintage Books, New York, 1979.
- FOUCAULT, M., "What is Enlightenment?" en RUBINOW, P.(ED.), *Michel Foucault: Ethics, Subjectivity and Truth*, The New Press, New York, 1997, p. 303-319.
- GARLAND, D., *Punishment and Modern Society*, Univ. Of Chicago Press, Chicago, 1990.
- GARLAND, D., *The Culture of Control*, Univ. of Chicago Press, Chicago, 2001.
- GEUSS, R., *The Idea of A Critical Theory: Habermas and the Frankfurt School*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1981.
- HABERMAS, J., "Taking Aim at the Heart of the Present: On Foucault's Lecture on Kant's *What is Enlightenment?*", en KELLY, M.(ED.), *Critique and Power: Recasting the Foucault/Habermas Debate*, MIT Press, Cambridge, 1994, p. 149-154.

- HACKING,I., *The Taming of Chance*, Cambridge Univ. Press, New York, 1990.
- HACKING,I., “Kinds of People: Moving Targets”, en *The Tenth British Academy Lecture*, British Academy, London, 11 abril 2006, <<http://www.britac.ac.uk/pubs/src/britacad06/index.html>>.
- HARCOURT,B.E., *Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing*, Harvard University Press, Cambridge, 2001.
- HARCOURT,B.E., *Language of the Gun: Youth, Crime, and Public Policy*, university of Chicago Press, Chicago, 2005.
- HARCOURT,B.E., *Against Prediction: Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, University of Chicago Press, Chicago, 2007a.
- HARCOURT,B.E., “Muslim Profiles Post 9/11: Is Racial Profiling and Effective Counterterrorist Measure and Does it Violate the Right to be Free from Discrimination?”, en GOOLD,B./LAZARUS,L.(EDS.), *Security and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2007b.
- HARCOURT,B.E., “From the Asylum to the Prison: Rethinking the Incarceration Revolution; Part II: State Level Analysis” en University of Chicago Law and Economics, documento de trabajo Olin n° 335 (marzo 2007c).
- HARCOURT,B.E./LUDWIG,J., “Broken Windows: New Evidence from New York City and a Five-City Social Experiment”, en *The University of Chicago Law Review*, vol. 73, n° 1 (invierno 2006), p. 271-316.
- HAREL,A./SEGAL,U., “Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Deterring Crime”, en *American Law and Economics Review*, vol. 1, n° 1/2, 1999, p. 276-312.
- HART,H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963.
- HART,H.L.A., “Bentham and Beccaria”, en *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1982.
- HEATON,P., “Understanding the Effects of Anti-Profiling Policies”, documento de trabajo, marzo 2006, <<http://home.uchicago.edu/~psheaton/workingpapers/racialprofiling.pdf>>.
- HEGEL,G.W.F., *Philosophy of Right*, Oxford University Press, Oxford, 1981.
- HERNÁNDEZ-MURILLO,R./KNOWLES,J., “Racial Profiling or Racist Policing?: Testing in Aggregated Data”, documento de trabajo, 18 abril 2003, <<http://www.econ.upenn.edu/~jknowles/Research/HK%20RacProf%20Article.pdf>>.
- KADISH,S.H., “The Criminal Law and the Luck of the Draw”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 84, n° 4, invierno-primavera 1994, p. 679-702.
- KANT,I., “An Answer to the Question: ‘What is Enlightenment?’”, en *Kant: Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, p. 54-60.
- KELLING,G./COLES,C.M., *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*, Free Press, New York, 1996.
- KELLING,G./SOUSA JR.,W.H., “Do Police Matter? An Analysis of the Impact of New York City’s Police Reforms”, en Manhattan Institute Center for Civic Innovation, informe cívico n° 22 (diciembre 2001).
- KESSLER,K.D., “The Role of Luck in Criminal Law”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 142, n° 6 (junio 1994), p. 2183-2237.

- KNOWLES,J./PERSICO,N./TODD,P., “Racial Bias in Motor Vehicle Searches: Theory and Evidence”, en *Journal of Political Economy*, vol. 109, 2001.
- LEVITT,S., “Juvenile Crime and Punishment”, en *Journal of Political Economy*, vol. 106, nº 6 (diciembre 1998), p. 1156-1185.
- LEWIS,D., “The Punishment that Leaves Something to Chance”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 18, nº 1 (invierno 1989), p. 53-67.
- MARGOLIATH,Y., “In Defense of Prediction”, en *Law and Social Inquiry* (de próxima publicación, 2007).
- MORRIS,N./HAWKINS,G.J., *The Honest Politician's Guide to Crime Control*, University of Chicago Press, Chicago, 1970.
- NAGEL,E., “The Enforcement of Morals”, en *The Humanist*, vol. 28, nº 3, 1968, p. 20-27.
- NAGEL,T., “Moral Luck”, en *Moral Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.
- NAGIN,D., “General Deterrence: A Review of the Empirical Evidence”, en BLUMSTEIN,A. ET AL., *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, National Academy of Sciences, Washington D.C., 1978.
- NIETZSCHE,F., *On the Genealogy of Morals*, Random House, New York, 1967.
- POLINSKY,M./SHAVELL,S., “On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence”, en *Journal of Legal Studies*, nº 28, 1999, p. 1-16.
- RABELAIS,F., *Le Tiers Livre des faits et dits heroïques du bon Pantagruel. Les Oeuvres romanesques*, Honoré Champion, Paris, 1999.
- RESNIK,J., “Precluding Appeals”, en *Cornell Law Review*, nº 70, 1984-1985, p. 603-624.
- REUTERS, “Election 2000. The Presidency High Stakes: If Vote is Tied in New Mexico, Poker Hand Could Settle It”, en *Newsday*, 15 noviembre 2000, A05.
- RUSCHE,G./KIRCHHEIMER,O., *Punishment and Social Structure*, Columbia University Press, New York, 1968.
- SPELLMAN,W., “The Limited Importance of Prison Expansion”, en BLUMSTEIN,A./WALLMAN,J.(EDS.), *The Crime Drop in America*, Cambridge University Press, New York, 2000.
- SPERRY,P., “When the Profile Fits the Crime”, en *The New York Times*, 28 julio 2005, <<http://www.nytimes.com/2005/07/28/opinion/28sperry.html>>.
- TAYLOR,R.B., “Book Review of *Illusion of Order*”, en *American Journal of Sociology*, vol. 111, nº 5, 2006, p. 1625-1628.
- TYLER,T.R., *Why People Obey the Law*, Yale University Press, New Haven, 1990.
- TYLER,T.R., “Trust and Democratic Governance”, en BRAITHWAITE,V./LEVI,M.(EDS.), *Trust and Governance*, Russell Sage Foundation, New York, 1998.
- VON HIRSCH,A., *Doing Justice*, Hill and Wang, New York, 1976.
- WACQUANT,L., *Les Prisons de la Misère*, Raisons d'Agir, Paris, 1999.
- WILLIAMS,B., *Moral Luck*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981.
- WILSON,J.Q./KELLING,G., “Broken Windows”, en *The Atlantic Monthly*, marzo 1982, p. 29-38.

WINCH,P., *The Idea of A Social Science and Its Relation to Philosophy*, Routledge and Kegan Paul, London, 1958.

ZITTER,J.M., “Judicial Partition of Land by Lot and Chance”, en *American Law Reports*, 4º, 32 (actualizado a marzo 1999), p. 909.