

s de actividades políticas subversivas
n Pastor, cambiando por completo su
ra política coincidía con un cambio de
congregación, cuyas autoridades dese-
responsabilidades en las cárceles latinoa-
hículo de las políticas autoritarias de
n poquísimo tiempo, las cárceles de
tal. Y las internas de la vetusta Casa
on trasladadas a Ezeiza.

MANO DURA SOBRE EL CASTIGO. IGUALDAD Y COMUNIDAD (I)

Roberto Gargarella*

Este escrito forma parte de un nuevo proyecto de investigación que he comenzado a explorar en los últimos tiempos, relacionado con la filosofía del castigo. Mi propósito es pensar sobre el castigo, sobre su justificación (o no), y en general, sobre los modos en que una comunidad puede, debidamente, reaccionar frente a la comisión de actos que considera gravemente reprochables. El marco teórico que he seleccionado para llevar adelante dicha reflexión tiene que ver fundamentalmente con la filosofía política republicana, que varios autores han comenzado a utilizar para examinar los fundamentos de la justicia criminal (Braithwaite y Pettit, 2000; Pettit, 1997). En este trabajo, seleccionaré sólo dos cuestiones sobre la teoría del castigo, que el marco escogido me incita a pensar. La primera está relacionada con las formas de aplicación del derecho penal en sociedades marcadas por fuertes desigualdades sociales. La segunda se vincula con los contornos que podría asumir una respuesta reprobativa en una sociedad republicana. Por supuesto, encaró ambas cuestiones sabiendo que se refieren a temas de una enorme densidad teórica, y como tales merecedores de un análisis mucho más detenido y preciso que el que podré llevar a cabo en lo que sigue. Sin embargo, entiendo también que estos temas son de una extrema importancia, y que el esquema teórico escogido puede ayudarnos a iluminar nuestro pensamiento en un área necesitada de más estudios críticos, y aún hoy asociada a una

* Quiero agradecer especialmente los comentarios que me hicieron llegar Marcelo Alegre, Ignacio Anitua, Mateo Bermejo, Iñigo Ortiz de Urbina, Juan Manuel Otero, María Piqué y Luciana Sánchez. También a los participantes de diversas reuniones de discusión realizadas en la Universitat Pompeu Fabra, a la Universidad de Barcelona, a la Universidad Di Tella y a los miembros del seminario que se realizó en la Universidad de Buenos Aires.

práctica que involucra masivas, graves y sistemáticas violaciones de derechos fundamentales.

En otros trabajos, he estado analizando ya los principios que podrían distinguir a la filosofía política republicana, y a algunas de sus posibles implicaciones institucionales¹. En esta oportunidad, me apoyaré fundamentalmente en dos valores que, según entiendo, son básicos dentro de dicha tradición de pensamiento: el valor del autogobierno, y el de la fraternidad/comunidad. A partir del primero, avanzaré en una reflexión sobre la legitimidad o no del Estado para hacer uso de sus poderes coercitivos en casos de ofensas cometidas por individuos que viven en condiciones de extrema exclusión.

Por otro lado, retomaré la preocupación republicana sobre la vida en comunidad, y el énfasis que tal visión pone en la fortaleza de los vínculos sociales (un énfasis que contrasta con otro más propio del liberalismo, que aparece exclusivamente centrado en la noción de autonomía individual). Ello, para reflexionar sobre los contornos que podría asumir el reproche en una comunidad de base republicana.

I. Autogobierno colectivo y las precondiciones materiales de responsabilidad criminal: el problema de la alienación legal

En esta sección, exploraré las implicaciones posibles del ideal republicano del autogobierno colectivo en lo relativo a (la justificación de) la aplicación de las normas penales. Mi impresión es que esta idea (junto con su contra cara, a la que llamaré "alienación legal") puede ayudarnos a evaluar críticamente muchos de los acuerdos legales presentes en el área citada.

El ideal republicano del autogobierno resume bien la tríada clásica de valores republicanos, es decir la libertad, la igualdad y la fraternidad. Según diré, la igualdad –tanto como la existencia de vínculos sociales fuertes– aparecen, dentro del pensamiento republicano, como precondiciones indispensables para el "alumbramiento" y el reconocimiento de la "voluntad general" –algo distinto de la mera sumatoria de la voluntad de las partes involucradas en el proceso decisorio–. Y sólo cuando las normas son el producto de ese acuerdo especial puede decirse que los miembros de la comunidad en cuestión son auténticamente libres. Sólo entonces podemos proclamar que las partes, al obedecer la ley, se obedecen a sí mismas. Me interesará, en lo que sigue, tomar a esta muy exigente noción de autogobierno como ideal regu-

¹ Gargarella (1995 y 2005).

lativo, un ideal que sabemos inalcanzable, pero que, al mismo tiempo, nos puede ayudar a pensar críticamente sobre nuestra relación con el derecho.

Para definir al extremo opuesto del ideal del autogobierno pleno, tomaré en cuenta otro concepto –la noción de *alienación legal*– que ya he utilizado y desarrollado en trabajos anteriores. Esta noción me servirá para traducir al ámbito jurídico la que es seguramente la mayor preocupación del republicanismo: la posibilidad de que las vidas de las personas no sólo no esté definida por normas que ellas han creado sino, más bien, que ella se relacione con normas que los ciudadanos tienen razones para rechazar². Así, a través del concepto de alienación legal, me referiré a aquellas situaciones extremas donde la ciudadanía no puede identificarse con la ley, que ellos no crearon ni pudieron desafiar, razonablemente, y frente a la cual sólo quedan ocupando el papel de víctimas. En tales contextos, en definitiva, la ley comienza a servir objetivos contrarios de los que justificaban su existencia y que, de cumplirse, nos habrían permitido decir que vivimos en libertad, como dueños de nuestras propias vidas³.

Este juego entre las nociones de alienación legal y autogobierno nos ayuda a reconocer, por caso, que cuanto más desigual es la sociedad, más riesgo hay de que la ley deje de expresar, siquiera en un sentido modesto, la voluntad (general) meditada e imparcial de la comunidad –un hecho de enorme importancia para los propósitos de este trabajo–. Esta era la posición de Rousseau, quien presumía que en situaciones de fuerte desigualdad las personas iban a dejar de compartir visiones, necesidades e intereses comunes. Por ejemplo, en dicho marco –y sólo para tomar un ejemplo sencillo– resulta previsible que los destinos y demandas de ricos y pobres comiencen a tomar direcciones diferentes, sino directamente contradictorias entre sí. En tal situación, nos diría Rousseau, los puntos de vista de parte de la sociedad empiezan a diferir significativamente de los del resto, lo cual torna

² Ver, por ejemplo, Gargarella (2005).

³ Esta noción de alienación –noción objetiva más que subjetiva– está relacionada con la defendida por Karl Marx, por ejemplo, en su análisis del trabajo y su producción. Según Marx, "el objeto que el trabajo produce, su producto, lo enfrenta como un ser extraño, como un poder independiente del productor (...) la externalización del trabajador en su producto implica no sólo que su trabajo se hace un objeto, una existencia exterior, sino también que esto existe fuera de él, independiente y ajeno, y se convierte en un poder autosuficiente frente a él, que la vida que él ha prestado al objeto lo enfrenta, hostil, extraño (...) el trabajador se vuelve esclavo de su objeto" (Marx, 2002: 86-87).

de manera creciente difícil que el derecho refleje las aspiraciones de todos. En dichas situaciones, la ciudadanía comienza a perder razones para identificarse con la ley dado que ella, esperablemente, pasa a reflejar los puntos de vista del grupo dominante. De este modo, las condiciones esenciales para tornar válida a la ley comienzan a diluirse. Mantendré aquí, en consonancia con tales criterios, que en situaciones de severa y sistemática desigualdad y privaciones (finalmente, en situaciones de alienación legal), la ciudadanía obtiene motivos para desconfiar de la ley y comenzar a apartarse de ella.

Un ejemplo relativamente indiscutible de una situación de alienación legal sería el de una dictadura opresiva, donde grandes grupos de personas son víctimas de graves violaciones de derechos fundamentales y no participan de ningún modo razonable en la creación de la ley —es decir, donde ellos sufren de graves ofensas sustanciales (la violación de derechos fundamentales) y graves exclusiones procedimentales (ellos no participan en el proceso de construcción de la decisión)—. Sin embargo, no creo que haya motivos significativos para pensar que tales situaciones de alienación no puedan aparecer dentro de regímenes que son, en un modesto aunque todavía importante sentido del término, democrático. Mi propuesta al respecto es: siempre deberíamos suponer que un grupo enfrenta una situación de alienación legal cuando ha sido privado de ciertos derechos humanos básicos de modo sistemático, a lo largo del tiempo. Los motivos de tal presunción son los siguientes: como no asumimos que la gente es irracional —lo que es decir, en este caso, que no asumimos que las personas consientan situaciones en donde ellos son privados de los derechos más básicos (alimentación, vivienda, salud y educación básicas)— entonces, si la ciudadanía es sistemáticamente privada de aquellos derechos, deberíamos suponer que ellos son excluidos de la creación de la ley. El carácter sistemático de las ofensas sustanciales que ciertas personas o grupos afrontan se refiere a la existencia de falencias procedimentales graves —falencias propias de un sistema institucional que resulta ser incapaz de reparar los males existentes—. De hecho, estas ofensas sistemáticas sugieren que los sectores afectados experimentan problemas políticos serios en la transmisión de sus demandas a sus representantes (políticos), y/o problemas para hacerlos responsables de las faltas que cometen. Además, las persistentes dificultades que experimentan nos advierten también acerca de los graves problemas judiciales que confrontan, ya sea para acceder al sistema judicial o para inducir a los jueces a garantizar sus derechos básicos violados. Cuando se dan este tipo de situaciones, la ley aparece como ciega a las privaciones de la población, sorda a sus principales reclamos, o decidi-

da a no remediar las afectaciones jurídicas existentes⁴. Por ello es que, en estos casos, corresponde hacer directamente responsable de las privaciones que padecen tales grupos —responsable, a consecuencia de sus acciones, sus omisiones, o ambas cosas⁵—.

La noción de alienación legal —u otras similares— parecen haber ganado su lugar dentro de la reflexión contemporánea sobre la filosofía del castigo. Típicamente, los autores que toman en cuenta esta noción u otras similares han comenzado a reflexionar acerca de cuál es el derecho que tiene el Estado a castigar a personas que forman parte de grupos que él ha marginado. Por ejemplo, el notable filósofo del castigo R. A. Duff —empleando un lenguaje que es muy cercano al que hemos utilizado en nuestra definición de alienación legal— sostuvo:

“Si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aún si de un modo no buscado) se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bie-

⁴ La presunción general que propongo —presunción según la cual esta privación es provocada por el orden legal predominante— debe encontrarse obviamente abierta a revisión. En muchas ocasiones, en efecto, no sería razonable culpar al Estado por la miseria de los más desfavorecidos. Sobre todo, puede suceder que el Estado no encuentre ninguna alternativa mejor a su disposición para asegurar que ningún grupo sea sistemáticamente privado de ciertos bienes básicos, incluso a pesar de hacer sus mejores esfuerzos por remediar tales situaciones desesperantes. Si este fuera el caso, el Estado no debería ser considerado injusto y sus órdenes no deberían ser resistidas. Además, puede resultar que ciertos grupos caigan debajo de la línea mínima de bienestar exclusivamente a consecuencia de sus errores (por ejemplo, a consecuencia de su obsesión con las apuestas y los juegos de azar), teniendo buenas opciones alternativas a su disposición. Una pregunta diferente es cómo deberíamos actuar en todos estos casos (es decir, si deberíamos hacer aún todo lo que es posible para asegurar la satisfacción de las necesidades elementales de estos individuos). Teniendo estas consideraciones en cuenta, puede ser razonable calificar la presunción arriba mencionada, considerándola una *presunción general pero refutable*. En la idea de delitos como “actos de resistencia o auto-defensa contra un sistema injusto y opresivo”, ver Duff, 1986: 229.

⁵ Tratando de encontrar algún estándar más objetivo para describir a una situación como de “alienación legal,” podemos pensar en la adopción de algunos que se han utilizado internacionalmente para definir situaciones de exclusión social extrema, como la línea de pobreza internacional. El índice de pobreza utilizado internacionalmente resulta relevante, en todo caso, porque nos ayuda a señalar la existencia tanto de “una masiva insatisfacción de derechos humanos sociales y económicos” como de “insatisfacción de derechos humanos, civiles y políticos asociados al gobierno democrático y el estado de derecho” (Pogge, 2001: 8; Pogge, 2003). O bien, alternativamente, podríamos pensar en el foque defendido por Martha Nussbaum y Amartya Sen sobre las capacidades humanas, y examinar la situación de aquellos grupos que caen por debajo de la línea de lo que ellos llaman capacidades humanas básicas (Nussbaum, 2000).

nes materiales, normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no reflejase un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se encuentran atados por el derecho. Ellos sólo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respeto y consideración que se les debe como ciudadanos" (Duff, 2001: 195-196)⁶.

Otros filósofos del castigo, como Jeffrie Murphy, han llegado a conclusiones similares. Murphy apoya, en principio, en una visión retributiva del castigo, pero finalmente, concluye que en las sociedades contemporáneas el castigo carece de legitimidad moral, en razón de la ausencia de las precondiciones necesarias para la justificación de la justicia penal. Esto es así porque en aquellas sociedades uno no encuentra lo que la retribución necesita encontrar a fin de justificar el castigo. Para él, en contextos como el actual, uno no puede decir "que todos los hombres, incluso los criminales, son participantes voluntarios en un sistema de intercambio recíproco de beneficios" (Murphy, 1973: 241). La idea marxista de alienación es crucial en su análisis y conclusión. Lo que pasa –según nos dice– es que en nuestras sociedades "los criminales, típicamente, no son miembros ni comparten la misma comunidad de valores con sus carceleros; ellos sufren de lo que Marx llama alienación... Si la justicia, tanto como Kant y Rawls sugieren, está basada en la reciprocidad, es difícil ver lo que se supone que estas personas reciben recíprocamente" (ibídem, 240). Por estos motivos, y según Murphy, "en buena medida, las sociedades modernas carecen del derecho moral de castigar" (ibídem, 221), por lo cual "en ausencia de un cambio social significativo" las instituciones del castigo deben "ser resistidas por todos quienes toman los derechos humanos como moralmente serios" (ibídem, 222).

⁶ Para él, "no podemos decir, al menos sobre muchos criminales, que ellos se han apropiado de modo indebido de ciertas ventajas, por medio de sus crímenes". En muchos casos, los castigos no pueden ser vistos como un modo de "reestablecer un balance equitativo de cargas y beneficios, pero ese balance no existía de antemano" (Duff, 1986: 229).

Distinguidos filósofos del derecho como H. L. Hart parecen compartir tal visión. En opinión de este autor, "debemos incorporar como condición de excusa la presión ejercida por las formas más groseras de la necesidad económica" (Hart, 1968: 51). Otros académicos destacados en la materia, incluyendo a Andrew von Hirsch y a Ted Honderich, parecen persuadidos también por esta clase de afirmaciones (Tonry, 1994: 153)⁷.

Todos estos autores, creo, parecen estar preocupados por lo que A. Duff ha llamado las *precondiciones de la responsabilidad criminal* (Duff, 1998 y 2001). En palabras de este autor, "cualquier explicación del castigo que pretenda darle un lugar central a la reflexión sobre la justicia de la pena que se le impone al ofensor debe enfrentar el problema de si podemos castigar de modo justo a sujetos cuyas ofensas se encuentran íntimamente asociadas con injusticias sociales serias que ellos han sufrido" (Duff, 1998: 197). Algunos escritores, como el propio Duff o J. Murphy, sostienen que en las condiciones actuales, y teniendo en cuenta las características de los contextos sociales que han investigado, el castigo no es justificable (Duff ha asumido esta visión en los últimos años, después de un largo período en donde –según su testimonio– no se animaba a dar semejante paso; ver Duff, 2001: Cap. 5.3). Esto sería así porque la mayoría de los individuos y grupos que comparecen ante la justicia criminal "han sufrido formas de exclusión tan severas que las precondiciones esenciales de la responsabilidad criminal no resultan suficientemente satisfechas" (ibídem, 196). Entonces, y en la medida en que esas condiciones injustas sigan intocadas –concluye Duff– los que cometen ofensas no podrían ser juzgados justamente, condenados o castigados.

De acuerdo con Duff, el hecho de que ciertos ofensores sean víctimas de una situación de sistemática injusticia estructural, los provee de una defensa parcial o completa para sus acciones. Estas acciones, en efecto, pueden ser *excusadas* como consecuencia de la "coacción propia de las circunstancias, por ejemplo, o la falta de oportunidades para acceder a bienes normalmente disponibles por medios no criminales"; o (*parcialmente*) *justificadas*, "si el crimen puede ser visto como

⁷ De acuerdo con von Hirsch, "en la medida en que un sector importante de la población vea negadas las oportunidades para asegurarse su subsistencia, luego, cualquier plan o esquema de castigo resulta moralmente imperfecto", y de acuerdo con Honderich, "No hay nada que pueda denominarse la justificación moral del castigo si se deja de lado la pregunta sobre la distribución de bienes en la sociedad" (todas citas de Tonry, 1994: 153).

una respuesta a, o como un intento para, remediar la injusticia" (Duff, 2004: 258)⁸. De modo más fuerte, Duff sostiene que, a la hora de pronunciarse en un caso, los jurados o jueces deben no sólo determinar si hay pruebas suficientes para definir si alguien es culpable o inocente, sino también pensar si tienen o carecen de el "standing legal o moral" para juzgar al que ha cometido una ofensa. La pregunta debe ser si nosotros, como miembros del sistema de gobierno que hoy debe decidir en este caso, "no hemos tratado al ofensor como a un ciudadano. Las dramáticas condiciones sociales que afectaron el derecho de alguien de vivir una vida decente, no necesariamente exculpan al ofensor, pero pueden condicionar la posición del Estado para condenarlo"⁹. Para Duff, "nosotros mismos, que mantenemos o toleramos un sistema social y legal que perpetra groseras injusticias, difícilmente podemos alegar el derecho de castigar a aquellos que actúan injustamente" (Duff, 1986: 229)¹⁰.

Todas estas visiones, creo, muestran una preocupación inusual, pero apropiada acerca de las implicaciones legales de vivir en sociedades caracterizadas por la existencia de injusticias sistemáticas y estructurales. Podríamos discrepar respecto a qué consecuencias legales específicas deberían resultar de la existencia de las situaciones de alienación legal, pero al menos deberíamos acordar que contamos con razones para resistirnos a hacer lo que las visiones dominantes tienden a hacer en estos casos, es decir, a descuidar el hecho que la ley tiene una responsabilidad directa en la creación y la preservación de esas injusticias.

II. El reproche en la comunidad moral

La fuerte crítica que los republicanos pueden hacer sobre el castigo, tal como hoy se lo concibe y aplica, no significa que los republica-

⁸ Sobre la diferencia entre la justificación y las excusas, ver Fletcher, 1978.

⁹ Aquí hay una discusión importante por desarrollar, respecto a si estas justificaciones o excusas cubren solamente a aquellos más directamente ofendidos por el Estado, o también a aquellos que actúan en nombre de los primeros, afirmando (razonablemente) que también se consideran ofendidos por la actitud irrespetuosa del Estado.

¹⁰ Para avanzar su opinión sobre el tema, Duff utiliza el concepto de *estoppel*. La idea es que en algunos casos, "la conducta previa hacia el acusado limita la capacidad legal para poder juzgarlo" (ibídem, 250). Este concepto ha sido usado dentro del derecho civil con el fin de impedir ciertas demandas (por ejemplo, si le prometí a mi inquilino que no le iba a exigir el pago del alquiler entero por el piso que me alquila, entonces carecería del derecho de demandarlo por incumplimiento, cuando no haga un pago completo). Duff trata de trasladar este concepto al área del derecho penal.

nos deban asumir una actitud de indiferencia frente a conductas que, colectivamente, puedan reconocerse como reprochables. Este aspecto, más propositivo, genera de modo obvio muchos interrogantes, y aquí sólo me concentraré en alguno de ellos, referidos al tipo de reproche que podrían sostener los republicanos, en contextos en donde las condiciones de la responsabilidad penal se encuentran razonablemente satisfechas. Otra vez esta pregunta es amplia y requiere una respuesta compleja, pero aquí me concentraré básicamente en algunos pocos de sus aspectos, que tienen que ver con ciertos compromisos especiales que, según entiendo, debe asumir la respuesta republicana. Me refiero a que ella debe ser una respuesta *inclusiva y orientada a la comunidad*, que tome a cada persona como un agente moral (y no sólo como un agente racional), y a través de la cual la comunidad pueda expresar su reprobación hacia las acciones del ofensor.

Decir lo anterior significa, claramente, rechazar otras formas de respuesta posible frente a las conductas que decidamos reprochar, tales como las que se basan en el *castigo* y la *exclusión*, las asociadas con concepciones primariamente *retributivas o consecuencialistas* del castigo, y que se fundan en presupuestos *individualistas*. Como modo de acercarnos a esta nueva forma de reflexión sobre el castigo —una aproximación por exclusión— iré haciendo referencia a las razones que tiene el republicanismo para rechazar alternativas como las señaladas.

II. 1. Contra el castigo

En primer lugar, autores abiertamente identificados con el republicanismo, como Braithwaite y Pettit, han venido insistiendo en que reprochar a alguien por algo no implica castigarlo, y que castigar a alguien no implica necesariamente excluirlo de la sociedad, típicamente confinándolo a la cárcel. La distinción entre *reprobación* y *castigo* es importante, en particular dentro de un mundo académico/jurídico que tiende a usar ambos términos como sinónimos. El castigo, tal como suele entenderse, implica una manera especial de recriminar la conducta de alguien, referida a la imposición de tratamientos severos sobre el que ha cometido un delito. Afortunadamente, autores como Braithwaite y Pettit han empezado a separar los términos castigo y reprobación. Para ellos, y crecientemente para muchos otros, no necesitamos del castigo para expresar nuestro reproche a alguien (Braithwaite y Pettit, 1990)¹¹.

¹¹ Otros autores coinciden con ellos, aunque finalmente justifican el castigo por razones preventivas (Von Hirsch, 1993; ver también Walgrave, 2000).

II. 2. Contra las respuestas excluyentes

En segundo lugar, la respuesta republicana frente a las ofensas graves pretende no ser una respuesta de tipo excluyente, dado que ese tipo de respuesta es directamente violatoria de los principios esenciales del republicanismo: la inclusión, la integración social, la vida en comunidad. Estos principios organizativos no deben ser entendidos como definiendo de antemano qué es lo que debemos hacer —lo cual siempre está abierto a debate y discusión— sino, sobre todo, lo que no debemos hacer, es decir, caminar en dirección directamente contraria al ideal de comunidad. Decir esto es importante porque las respuestas dominantes para el problema del crimen parecen ser todavía respuestas de tipo excluyente: ellas tienden a limitar los derechos políticos de los ofensores de sus derechos políticos; los separan de sus amigos, de su familia y de la comunidad en general; bloquean su acceso a los recursos materiales necesarios para desarrollar una vida decente; y restringen todas sus libertades más básicas —particularmente su libertad de compartir su vida con la comunidad, de ser un miembro pleno de ella (Duff, 2001: 76)—.

Los problemas propios de estas respuestas excluyentes son numerosos y bien conocidos, y han sido bien examinados, entre otros, por representantes de las corrientes abolicionistas, en sus efectos estigmatizadores, expropiatorios e injustificadamente crueles (Bianchi, 1994; Christie, 1977; Mathissen, 1981 y 1994)¹². Sin embargo, insistiría aquí en otro punto, esencialmente republicano, y éste es el siguiente: aquellos que empiezan su razonamiento con una teoría normativa

¹² Además, una respuesta excluyente como el encarcelamiento tiende a producir el efecto contrario al deseado, principalmente porque “cuando tratamos a las personas como malvadas es más probable que se vuelvan malvadas” (Braithwaite, 1997: 321). De acuerdo con Braithwaite, “las prisiones son escuelas para el crimen; los ofensores aprenden las nuevas destrezas para desempeñarse en el ilegítimo mercado laboral en la prisión y se sumergen más profundamente en las subculturas delictivas. La prisión tiende a ser una experiencia deprimente que deja a los ofensores más enojados con el mundo que cuando entraron. La interrupción de una carrera en el mercado laboral legítimo y el estigma de ser un ex convicto pueden reducir las posibilidades del trabajo legítimo al término de la sentencia” (Braithwaite, 1999: 1738). Estos resultados negativos e ineficientes también son respaldados por firmes estudios psicológicos que demuestran (lo que en psicología se denomina) los *efectos de reacción y rechazo* que genera el uso de la fuerza en quienes sufren la privación de libertad (Braithwaite y Pettit, 2000: 154; Braithwaite, 1997). La idea es que, aunque la fuerza puede producir más disuasión, “produce simultáneamente más reacción” (ibídem). De acuerdo con estas conclusiones, “esa reacción es más grande cuando la fuerza controladora es usada en contra de una libertad de tan alta importancia para el ciudadano” (Braithwaite, 1997).

como el republicanismo, que enfatiza la importancia de los vínculos sociales, los afectos y las relaciones personales para el desarrollo de los planes de vida, las respuestas excluyentes representan la peor reacción posible al problema del crimen. Todos, pero particularmente aquellos que han estado teniendo problemas de integración social, necesitan ayuda para lograr su reintegración a la sociedad —lo que necesitan es, por lo menos, tener una oportunidad significativa de ser parte de ella—. Dado ello, lo peor que podemos hacer con los ofensores es separarlos de aquellos que los quieren y les dan afecto, y “conectarlos” a personas que también tienen problemas de integración, y que han estado actuando de manera contraria a nuestros principios más preciados. De ese modo, los estaríamos “re-educando” de las peores formas posibles. No deberíamos sorprendernos entonces, al descubrir los altos niveles de reincidencia entre criminales, o al ver que las prisiones son consideradas como “escuelas del crimen”. Precisamente es así: las prisiones son la escuela del crimen porque socializan y educan a los presos en la peor manera posible, en otras palabras, fuera de la sociedad, cerca de todos aquellos que la sociedad trata como sus enemigos, y a través del trato más cruel posible.

La crítica republicana es especialmente poderosa, según entiendo, frente al tipo de respuestas excluyentes que resultan dominantes en ámbitos como el nuestro. Sin embargo, es importante reconocer que dicha crítica también alcanza a otro tipo de respuestas excluyentes que, a diferencia de las mencionadas, se orientan por un principio opuesto a aquellas y que, en relación con la pena, se dirigen a “limitarla y... limitar su violencia” (Zaffaroni, 2003: 282).

La de Zaffaroni es, sin dudas, una de las miradas más lúcidas y críticas que pueden encontrarse en América Latina, sobre la pena. Por ello mismo, resulta especialmente importante advertir de qué modo su postura se separa de la que aquí se sostiene: tanto por lo que propone como por lo que no propone. Para él, la pena es “irracional” y proviene de un “hecho de poder violento más amplio”, por lo cual “se impone la necesidad de extremar el esfuerzo jurídico por limitarla” (Zaffaroni, 2003). La idea es, entonces, la de que la agencia judicial extreme esos esfuerzos dirigidos a minimizar el uso de esa maquinaria de violencia activada por el Estado, particularmente en protección de aquellos en “posición o estado de vulnerabilidad”¹³. Actuando de este

¹³ Ello, frente a un derecho que suele cargar su violencia, especialmente, frente a tales personas, “seleccionadas” “por su sola pertenencia a una clase, grupo, estrato social, minoría, etc.” (277).

modo minimizador, y sólo en ese caso, puede decirse que el poder judicial obra racionalmente. En sus términos, “en la pugna ética de la agencia judicial por poner límites a la irracionalidad del hecho de poder con que se enfrenta, es racional que ésta se dedique con mayor interés a limitar la violencia que se ejerce sobre las personas que menores aportes han hecho al reforzamiento de la misma violencia de que son objeto” (Zaffaroni, 2003; y 2006: 167).

La respuesta republicana, fundamentalmente crítica frente a posturas como las que critica Zaffaroni, también se diferenciaría de la que sostienen autores como el profesor argentino. Ello, porque el objetivo del republicanismo penal no es la minimización de la violencia o el retiro del Estado, sino contribuir a la integración social y al fortalecimiento de los vínculos interpersonales. Para el republicanismo, el aparato estatal en su totalidad –todas sus agencias, sin excepción– se justifican en la medida en que se comprometan en dicho objetivo. Desde este punto de vista, un poder judicial/penal al servicio del retiro estatal no cumple apropiadamente con su tarea. Lo que al juez debe interesarle no es dejar en libertad al más vulnerable –al que es perseguido habitualmente por su pertenencia a un grupo estereotipado o marginado–. No basta, desde este punto de vista, con echar de nuevo a la calle a aquel que en la calle suele ser –y, previsiblemente, volverá a ser– perseguido y marginado, sino que se trata de bloquear la posibilidad de que lo siga siendo, de que siga siendo perseguido y marginado. Y los funcionarios judiciales tienen suficientes poderes para intervenir en dichos casos impulsando, desde su particular –y no tan modesto– lugar, medidas integrativas. El juez que decide no criminalizar a los droga-dependientes actúa de modo apropiado, a la luz del brutalismo penal que elige encerrarlos. Sin embargo, desde el punto de vista republicano, su accionar es reprochable porque actuando de ese modo se convierte en cómplice de una maquinaria a la que, finalmente, alimenta y ayuda a mantener funcionando. En una mayoría de casos –pienso en los sectores de jóvenes socialmente marginados que encuentran en el consumo de estupefacientes un último refugio frente a una sociedad que los ha expulsado– la mera devolución del individuo a la calle sólo implica volver a reiniciar el ciclo represivo, y no ayudar a ponerle término. En dichos casos, la libertad dispuesta judicialmente es elemento necesario, pero en absoluto suficiente de la respuesta reclamada por el republicanismo.

Mi impresión es que lo que aquí está en juego son diferencias todavía mayores entre el republicanismo y propuestas como las sugeridas por Zaffaroni, a pesar de que desde ambos bandos se podrían avanzar críticas comunes frente a una mayoría de las teorías que hoy circulan en el área penal. La postura de Zaffaroni resulta dependiente

de una concepción histórico-sociológica particular, que deja al poder judicial enfrentado a limitaciones extraordinarias, que sólo le permitirían limitar, antes que desactivar, el aparato de la violencia ilegítima vigente. Zaffaroni ve tan limitado el margen de acción de la justicia que, para él, las agencias judiciales no pueden sino comprometerse con el derecho represivo existente, y administrar “racionalmente” dicha represión, aun cuando sus integrantes deban ocuparse de minimizar esos poderes represivos en la medida en que puedan, y cuando no lleguen nunca a justificar con argumentos la violencia que finalmente aplican. Más gravemente aún, Zaffaroni considera que, actuando de ese modo, los jueces se comportan éticamente. Quisiera adelantar desde ya que, desde la particular postura que aquí se defiende, jamás puede considerarse moral ni jurídicamente aceptable un accionar judicial que implique la aplicación, incluso en dosis módicas, de violencia injustificada. Para Zaffaroni:

“La necesidad (sic)... obliga a la agencia judicial a pautar el máximo de intensidad que puede tolerar en ejercicio de su responsabilidad criminalizante conforme a un orden prioritario que atienda al nivel de culpabilidad por la vulnerabilidad de cada persona seleccionada por el poder de las restantes agencias del sistema penal, lo que confiere elasticidad a su decisión sin que implique reconocérsela a la violencia reproductora que no tiene poder para eliminar” (Zaffaroni 2003, 284, destacado en el propio original).

La “necesidad” de la que habla Zaffaroni tendría su origen, especialmente, “en las “restantes agencias y, en especial, el formidable aparato de propaganda del sistema penal con su invención de la realidad” que –en caso de que los jueces se excedieran de los márgenes permitidos– “se ocuparían de aniquilar a la agencia y a sus legítimas tentativas limitadoras, apuntalando su ejercicio de poder deslegitimado y poniendo en peligro toda la empresa judicial de limitación de la violencia”.

Y la presión externa sobre los jueces sería tan grave que convertiría en éticamente irreprochable la decisión del juez de mantener encerrado a alguien “más allá del límite indicado por su esfuerzo por la vulnerabilidad” (es decir, por su culpabilidad), si es que el juez cree que existe un grado muy alto de probabilidades que esa persona sea “ejecutada por alguna agencia del sistema penal” (i. e., una policía descontrolada) –una posibilidad que él considera “realidad operativa de nuestros sistemas penales” (Zaffaroni, 2003: 288).

Este mundo judicial, en donde los magistrados cotidianamente aplicarían un derecho injusto, impondrían violencia (con criterios de

selectividad renovados) y podrían llegar a disponer privaciones de la libertad aún más extensas que las establecidas por esa normativa injustificada, resulta completamente ajeno al mundo imaginado por el republicanismo. En dicha situación de "necesidad" extrema, el juez republicano debería directamente confrontar a la legislación vigente, en lugar de hacer más tolerables, humanos o contenidos los niveles de esa injusticia. En particular, si fuera cierta la descripción del derecho penal que autores como Zaffaroni podrían proponer —el derecho penal como derecho violento, irracional e ilegítimo— luego, la obligación del juez no podría ser nunca la de aplicar dosis moderadas de ese derecho. En tal caso, la obligación del juez no podría ser otra que la de dejar absolutamente de respaldar ese derecho, para aplicar, en todo caso, otras medidas no contaminadas de barbárica injusticia. En tal sentido, la respuesta del "derecho penal mínimo" resulta difícilmente aceptable además de muy llamativa (como si luego de identificar a la tortura apropiadamente como una aberración jurídica, aceptáramos aplicar dosis moderadas de tortura: frente a la tortura, la única respuesta estatal razonable es la del rechazo incondicional). Mucho más si se sostiene que ese comportamiento judicial es moralmente debido o éticamente irreprochable. Mucho más si es que tenemos a mano formas de reproche no excluyentes, no represivas y eficientes, como las vinculadas con la justicia restaurativa, medidas que (por más que merezcan reparos y mayores reflexiones) están desvinculadas de los irreparables, demolidores defectos que podemos asociar con el derecho penal actualmente existente.

Implica esta crítica desafiar una sociología imperfecta con una filosofía irrealizable ¿la del republicanismo? No lo creo. La peculiar concepción republicana aquí sostenida pretende definir un ideal regulativo para este mundo, que quiere dejar en claro no sólo las direcciones ideales de una cierta política, sino también aquello que los jueces nunca deberían hacer.

II. 3. Contra el individualismo

El tercer punto al que quería referirme, relacionado con las diferencias que tendría la respuesta republicana frente a las respuestas excluyentes —hoy dominantes— tiene que ver con el carácter típicamente comunitario/no-individualista, de esta respuesta. Al acentuar el aspecto comunitario de la respuesta inclusiva, quiero diferenciarla de otras respuestas que son —de un modo que considero incorrecto— individualistas. Para aclarar lo que estoy diciendo, convendría recordar una respuesta liberal interesante al problema del delito, como la propuesta por Carlos Nino (Nino, 1983 y 1986). La visión de Nino

sobre el castigo está basada en una perspectiva liberal y contractualista que, curiosamente, no parece nutrirse ni depender de ningún modo de su concepción (deliberativa) de la democracia. Como sostuviera Pablo de Grieff, Nino quiere fundar su posición sobre el castigo "exclusivamente en premisas morales, dejando sin un papel claro, en dicho respecto, a su postura sobre la legitimidad democrática" (de Grieff, 2002: 383). Para Nino, el castigo estaría justificado en la medida en que el delincuente supiera las consecuencias jurídicas que podrían seguirse de sus acciones —en la medida que supiera las respuestas que hemos reservado para aquellos que rompan la base de la cooperación social—. Según el profesor argentino, el individuo que realiza un acto voluntario conociendo que la consecuencia necesaria de dicho acto va a ser la pérdida de su inmunidad legal ante el castigo, consiente las consecuencias normativas que se siguen, del mismo modo que ocurre cuando una parte consiente a las consecuencias normativas que se siguen de un contrato (Nino, 1983: 298)¹⁴.

En mi opinión, la respuesta de Nino es muy problemática. En primer lugar, muchas veces —tal como hemos explorado en las secciones previas— es difícil de sostener la idea de consenso a la que Nino alude (no estoy diciendo que Nino habría negado este punto, aunque él no insistió en su importancia): en situaciones de injusticia estructural y persistente, son numerosas las personas que no encuentran alternativas razonables para asegurarse una vida decente, ni para ellas mismas ni para sus familias, si no es rompiendo alguna de las reglas jurídicas existentes.

Lo más importante, sin embargo, es que su visión —y las respuestas excluyentes frente al crimen que Nino asociaba con ella— no parece tomarse en serio nuestros compromisos morales más profundos, en el sentido de que no demuestra una preocupación especial por preservar y fortalecer los lazos morales que nos hacen a todos miembros de una comunidad. Al igual que muchas otras teorías liberales, la respuesta de Nino no es satisfactoria en razón de sus improntas individualistas. Una teoría alternativa —menos individualista— abordaría el delito de otra manera. Por ejemplo, se preocuparía por preservar (o recuperar) a cada persona como un miembro igual de la comunidad, aun si esa persona hubiese roto las reglas que organizan la cooperación social dentro de la comunidad. El punto es que nosotros, como

¹⁴ Para él, el consenso relevante es el consenso hacia las consecuencias normativas del acto, es decir, en el caso de una ofensa, el consenso dado hacia la posibilidad de ser castigado (Nino, 1983: 298).

comunidad, no deberíamos actuar hacia el ofensor de la misma manera en la que él o ella ha actuado hacia nosotros: no tenemos buenas razones para infligirle dolor o hacerlo/a sufrir, aun si él o ella hubiese hecho eso respecto de nosotros; no tenemos buenas razones para aislarlo/a del resto, aun si se tratara de alguien que se hubiese distanciado de nosotros. No deberíamos actuar como si quien nos ha ofendido "hubiese hecho de la reconciliación –la restauración de la fraternidad– algo imposible". Actuar de tal manera implicaría "una suerte de renuncia hacia ellos, aun si hubiese algún margen de ayuda para que se redimiesen". Una comunidad decente, quisiera sugerir, no debería "renunciar a ninguno de sus miembros" (Duff, 2001: 173-174; y 1986: 271). Ni aun sus errores o decisiones equivocadas ameritarían que tratásemos a los ofensores tal como ellos nos trataron, como si no existiese alguna manera de reintegrarlos a la sociedad. No es esto, sin embargo, lo que casi todas las sociedades modernas hacen, ni es lo que casi todas las teorías del castigo sugieren.

En definitiva, la idea es desarrollar una teoría de la justicia penal que tenga la noción de la comunidad moral como un principio organizativo¹⁵. La noción de comunidad moral ingresa en este esquema de varias maneras. En primer lugar, ella aparece indirectamente a través de la crítica del (una versión particular de) individualismo liberal, por su "desconfianza de lo social", y su "relativa falta de interés en los bienes públicos y los valores colectivos" (Lacey, 1988: 163 y 183)¹⁶. En segundo lugar, ella resurge en la crítica hacia el carácter antidemocrático del actual derecho penal. Tal como ha quedado sugerido en las secciones anteriores, hay razones para promover "mayor participación comunitaria" a la hora de crear el derecho penal, particularmente si queremos tener una comunidad integrada y que se autogubierne (Ashworth, 2002: 580-581; Lacey, 1988: 175). En tercer lugar, la idea de comunidad aparece a la hora de definir los males que deberían ser públicamente reprochados. Lo que hay que preguntarse es "qué clase

¹⁵ Hay mucho más para decir, sin embargo, en relación con qué definición particular de comunidad estemos utilizando. Ver, al respecto, Ashworth, 2002.

¹⁶ Para ella, "algunos de los bienes destacados que pueden ser promovidos e inculcados a través de las prácticas del castigo, tales como una cohesión social o al menos la mitigación de fuentes particulares de disenso social, sólo pueden ser explicados adecuadamente en el contexto de una visión política que dé un lugar central al valor de la comunidad y que reconozca la extensión a la cual los humanos son, de hecho, seres sociales que se identifican, descubren y crean a sí mismos en un determinado contexto social y a través de sus interacciones con otros seres humanos, instituciones sociales y prácticas".

de males deberían ser considerados como males en contra de 'nosotros', lo que significa preguntarse "qué valores son... tan centrales para la identidad y reconocimiento de una comunidad" como para que "las acciones que los atacasen o desobedeciesen" fuesen consideradas no meramente como "asuntos individuales, cuya reivindicación debería hacer la víctima individual, sino ataques a la comunidad" (Marshall y Duff, 1998: 21-22)¹⁷. En cuarto lugar, mencionaría la idea según la cual el Estado debería devolver a la comunidad la mayoría de los poderes que actualmente ejercita en el área de la justicia penal. Esto implica la devolución o la delegación del poder de sentenciar a las comunidades –a "autoridades intermedias entre el Estado y el individuo" (MacCormick y Garland, 1998: 27; Ashworth, 2002: 582. Volveré sobre este punto luego)–.

II. 4. Contra retributivistas y consecuencialistas

Por supuesto que la crítica hacia (cierto tipo de) individualismo, y el acento en la comunidad, no implica suscribir una mirada que ignore el valor de la "independencia y separabilidad de los individuos" de la que hablara en su momento John Rawls. Por el contrario, la idea es que cada persona sea tratada como un *agente moral*, y, como tal, como miembro de una comunidad moral que tiene una responsabilidad especial hacia ellos. En definitiva, las decisiones de la comunidad importan porque (y en la medida que) son una *expresión* de las convicciones meditadas de sus miembros. Esto implica tomar partido por las concepciones *comunicativas*, antes que retributivistas o consecuencialistas, del castigo. Esto es decir, tomar partido por visiones que ponen el acento en la importancia de que la comunidad exprese su condena frente a quien ha cometido una conducta reprochable y, apelando a su juicio, trata de persuadir al ofensor acerca del carácter reprochable de alguna de las conductas en las que ha incurrido. Aquí, la respuesta frente al acto reprochable no pretende ni incapacitar ni atemorizar o desalentar al (potencial) ofensor, sino dirigirse a él como un agente autónomo, que razona y puede cambiar de punto de vista (de Grieff, 2002)¹⁸. Aquí no se pretende, simplemente, restablecer un

¹⁷ Por ejemplo, una comunidad que sufriese el problema de un violento racismo –por ejemplo, el nazismo en Alemania– podría decidir estar más alerta ante los ataques raciales individuales, sabiendo las implicancias potenciales de esos ataques aparentemente aislados.

¹⁸ Es por eso que es crucial para esta perspectiva que cada persona, efectivamente, forme parte del proceso de toma de decisiones (y particularmente aquellas personas

balance de cargas y beneficios en contra de la actividad criminal, sino de persuadir a los ofensores sobre sus faltas, en base a criterios de justicia que sepan apelar a la propia razón de tales actores.

Para esta visión, tratar a alguien correctamente implica no dirigirse a él o ella, simplemente, como un actor racional que debería ser manipulado y/o motivado en determinado sentido, a través de un sistema de premios y castigos. Ésta es, sin embargo, la manera en que nuestro sistema jurídico actual tiende a operar. Justamente en razón de la importancia que asigna a las opiniones e intereses de cada uno, esta teoría republicana rechaza todos los abordajes de la justicia penal la cual, de alguna manera, toman a los individuos como “meros medios” para desarrollar otros objetivos sociales valiosos¹⁹. Es en este sentido en que esta visión puede ser considerada como un enfoque comunicativo de la justicia penal (Feinberg, 1965; Duff, 2001). Lo que estos abordajes pretenden es entablar un *diálogo moral* con el ofensor, a fin de comunicarle el reproche social hacia lo que hizo²⁰. En palabras de Duff, el sistema penal no debería buscar que las personas “obedezcan sus demandas, sino que entiendan y acepten lo que se requiere de ellos como ciudadanos” (Duff, 2001: 80). Más específicamente, si voy a tratar al ofensor como un “agente moral, como un miembro de la comunidad moral a la cual los dos pertenecemos, mi objetivo no puede ser simplemente hallar métodos eficientes para que su conduc-

[] que, más probablemente, se vean afectadas por ellas). Para decirlo de otra manera, esta perspectiva considera que siempre hay un problema si el derecho es creado sólo por unos pocos, y también si (normalmente como resultado de eso) ciertos individuos o grupos son, de alguna u otra manera, maltratados o separados indebidamente del resto. Por las mismas razones, esta visión considera que el castigo no está justificado si intenta, coactivamente, “aplastar” la voluntad del delincuente (Duff, 1986: 272). En definitiva, el derecho no merece respeto si los individuos no tienen buenas razones para creer que éste refleja sus puntos de vista e intereses —si aparenta ser—, como suele suceder en muchas sociedades cuntemporáneas, parcial o no neutral, es decir, el mero producto de la voluntad del grupo dominante. Esto ayuda entender, por ejemplo, por qué esta visión está, más allá de lo que aparente, particularmente preocupada por la suerte de cada individuo.

¹⁹ El abordaje que aquí se defiende no está orientado ni al pasado ni al futuro, sino que se dirige a los ofensores como agentes morales valiosos, quienes, a su vez, tienen que ser persuadidos sobre el valor de ciertas reglas de cooperación que, nuevamente, estén justificadas porque (y en la medida que) tratan a cada persona como una persona moralmente valiosa.

²⁰ Este abordaje no debería ser clasificado como consecuencialista porque, como sostienen Duff y Garland, se propone emprender este esfuerzo comunicativo aun cuando estuviéramos seguros de que el ofensor permanecería incólume y no se reformaría a través de nuestras expresiones (Duff y Garland, 1994: 15).

ta se ajuste a lo que requiere la moral —que pague su deuda, por ejemplo, o diga la verdad—. Tal objetivo podría ser alcanzado por... métodos que no lo tratasen como un agente moral... Mi objetivo debería ser que la persona hiciese lo que es correcto *porque a ella le parece correcto*; e, implícitos en ese objetivo, están los métodos a través de los cuales podría ser alcanzado —sólo a través de un proceso de una persuasión moral racional” (Duff, 2001: 81)²¹—.

III. Apuntes finales y conclusión

Llegados a este punto, y ante todo, quisiera hacer algunas breves aclaraciones, teniendo en cuenta el alcance y los límites de la visión que aquí defiende. Por una parte, esta propuesta “comunitaria” no implica abogar por un abordaje “moralista”, como lo sería uno abordaje que presupusiera una concepción comprensiva de lo bueno. Más específicamente, la idea no es reformar a los ofensores —en el sentido de inculcarles cierta moral comprensiva— sino más bien persuadirlos acerca de la importancia de respetar los planes de vida de los otros —una meta que parece llanamente imposible en las actuales democracias, sobre todo si tenemos en cuenta los niveles de desigualdad social con los que hoy convivimos, y el existente (y brutal) sistema carcelario²²—. Como sostuviera Norval Morris, este abordaje puede llegar a implicar un cierto tipo de paternalismo, pero uno que busca “cultivar la autonomía moral del individuo” (Duff y Garland, 1994: 15; y también Morris, 1994).

Por otro lado, pretender una respuesta expresiva o comunicativa al crimen no implica decir que los ofensores sólo pueden ser tratados a través de palabras o gestos, es decir, que la única forma aceptable de acercarse a alguien para algo es a través de expresiones orales o

²¹ Como resulta claro, esta visión, que se compromete con un diálogo moral que incluye, centralmente también, a los ofensores, y que mantiene un acercamiento expresivo sobre el reproche estatal, aparece (no necesaria pero sí) íntimamente asociado con el enfoque de la democracia deliberativa. Ello es así, entre otras razones, porque “la idea de persuasión”, que es fundamental en el enfoque expresivo antes expuesto, ocupa un lugar también “central para el modelo institucional sobre la política provisto por la democracia deliberativa”. Ello, en sí mismo, “genera algunas restricciones en contra de los enfoques puramente retributivistas o consecuencialistas sobre el castigo” (de Griefff, 2002: 387).

²² Esta visión contrasta con el abordaje de Jean Hampton, que propone utilizar el castigo como un proceso educativo que busque inducir a los ofensores al arrepentimiento y a la reforma a través de un duro tratamiento (ver Hampton, 1984; Duff y Garland, 1994: 15).

demostrando nuestras emociones²³. En este artículo, sostengo que hay respuestas inclusivas al crimen que parecen más adecuadas para los propósitos que aquí he definido. Ahora bien, uno puede preguntarse si es razonable defender una visión que sea “terminante en contra del castigo” en el contexto actual²⁴. En otras palabras, ¿podemos mantener nuestra visión negativa del castigo “aún cuando el cielo se desmorone”? (Duff, 1986: 296). Nuevamente, mi respuesta sería como la que ofrece Anthony Duff al respecto. Según él, “no podemos compensar las injusticias actuales a través de injusticias futuras, o la autonomía de algunos con la autonomía de otros” (Duff, 1996: 297). Quiero decir, ni la existencia de los peores crímenes –los que más nos horroricen– justifican el tipo de brutalidades (más o menos escandalosas, más o menos prolijas) que se cometen, en respuesta a ellos.

Lo que hice hasta aquí fue tomar en cuenta algunos de los principales ideales propios del ideario republicano, para reflexionar sobre nuestros problemas más graves en el ámbito de la justicia penal. En primer lugar, partí de las ideas de autogobierno y alienación legal para pensar sobre las condiciones de la responsabilidad penal. Esta discusión me permitió reconocer las dificultades a las cuales nos enfrentamos en sociedades fragmentadas y profundamente desiguales, a la hora de justificar el castigo. Luego, recurrí a la idea de una comunidad moral para empezar a pensar sobre cómo reprochar las conductas que, colectivamente, consideramos inaceptables. Examiné los conceptos de reprobación e integración y comencé a explorar los rasgos comunitarios que podrían caracterizar a un abordaje republicano de la justicia penal. Obviamente, hay muchos elementos más para mencionar, detalles que completar y preguntas que responder, pero es conveniente dejar a tales cuestiones como objeto de reflexiones futuras.

²³ Lo que dije, sin embargo, es que tenemos razones para rechazar los tratamientos duros como formas adecuadas de persuadir a alguien sobre la importancia de respetar a los demás.

²⁴ En primer lugar, debería decir que no doy por sentado lo que la pregunta presupone, o sea que el delito ha aumentado en estos últimos años. Asumo –tal como los sociólogos y abolicionistas nos han ayudado a reconocer– que el delito es una creación social, que depende de las conductas que queramos rechazar. Por supuesto, tal como Christie o Braithwaite y Pettit sostienen, si consideráramos las malas miradas o discusiones entre amigos, delitos, entonces tendríamos más delito, y seguramente más personas en la cárcel. Esto es decir, que no deberíamos ver al delito como si se tratase de hechos “objetivos” que existen “ahí afuera”, sino más bien como expresiones de nuestras elecciones.

Bibliografía

- Ashworth, A., *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, 42 “British Journal of Criminology”, 2002, ps. 578-595.
- Bianchi, H., *Abolition: Assensus and Sanctuary*, en Duff y Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, 1994.
- Braithwaite, J., *On Speaking Softly and Carrying Big Sticks*, 47 “Toronto L. J.”, 1997, p. 305.
- Braithwaite, J., *A Future Where Punishment is Marginalized*, 46 “UCLA L. Rev.”, 1999, p. 1.727.
- Braithwaite, J., *Restorative Justice and Social Justice*, 63 “Sask. L. Rev.”, 2000, p. 185.
- Braithwaite, J. y Pettit, P., *Republicanism and Restorative Justice: An Explanatory and Normative Connection*, en H. Strang y J. Braithwaite, *Restorative Justice*, Ashgate, Burlington, 2000.
- Christie, N., *Conflicts as Property*, “The British Journal of Sociology”, vol. 17, n° 1, 1977, ps. 1-15.
- de Greiff, P., *Deliberative Democracy and Punishment*, “Buffalo Criminal Law Review”, vol. 5, n° 2, 2002, ps. 373-403.
- Duff, A., *Trials and Punishments*, “Cambridge University Press”, Cambridge 1986.
- Duff, A., *Punishment, Communication, and Community*, “Oxford University Press”, Oxford, 2001.
- Duff, A., *I Might be Guilty, But You Can't Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial*, 1 “Ohio St. J. Crim. L.”, 2004, p. 245.
- Duff, A. y Garland, D., *A Reader on Punishment*, “Oxford University Press”, Oxford, 1994.
- Feinberg, J., *The Expressive Function of Punishment*, 49 “The Monist”, 1965, ps. 397-423.
- Fletcher, G., *Rethinking Criminal Law*, Little Brown, Boston, 1978.
- Gargarella, R., *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1995.
- Gargarella, R., *Los fundamentos legales de la desigualdad*, Siglo XXI, Madrid, 2005.
- Hampton, J., *The Moral Education Theory of Punishment*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 13, n° 3, 1984, ps. 208-238.
- Hart, H., *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, en H. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, 1968.
- Kahan, D., *The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law*, 71 “Mich. L. Rev.” 2003, p. 1.102.
- Lacey, N., *State Punishment*, Routledge, Londres, 1998.
- Lacey, N., *Philosophy, History and Criminal Law Theory*, 1 “Buff. Crim. L. Rev.” 1998, p. 295.
- MacCormick, N. y Garland D., *Sovereign States and Vengeful Victims*, en A. Ashworth y M. Wasik, *Foundamentals of Sentencing Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998, ps. 11-29.
- Marshall, T., *Restorative Justice: An Overview*, Home Office Research Development and Statistics Directorate, Londres, 1999.

- Marshall, S. y Duff, A., *Criminalization and Sharing Wrongs*, 11 "Can. J. L. and Jurisprudence", 1998, p. 7.
- Marx, K., *Selected Writings*, selección por D. McLellan, "Oxford University Press", Oxford, 2000.
- Mathiesen, T., *General Prevention as Communication*, en Duff y Garland, *A Reader on Punishment*, "Oxford University Press", Oxford, 1994.
- Matravers, M., *Who's Still Standing? A Comment on Anthony Duff's Preconditions of Criminal Liability*, 3 "Journal of Moral Philosophy", 2006, p. 320.
- Morris, N., *Dangerousness and Incapacitation*, en Duff y Garland, *A Reader on Punishment*, "Oxford University Press", Oxford, 1994.
- Murphy, J., *Marxism and Retribution*, 2 "Philosophy and Public Affairs", 1973, ps. 217-243.
- Nino, C., *A Consensual Theory of Punishment*, "Philosophy and Public Affairs", vol. 12, 1983, ps. 289-306.
- Nino, C., *Does Consent Override Proportionality*, 2 "Philosophy and Public Affairs", vol. 15, 1986, ps. 183-187.
- Nussbaum, M., *Women and Human Development*, "Cambridge University Press", Cambridge, 2000.
- Petit, P., *Republican Theory and Criminal Punishment*, 1 "Utilitas", 1997, p. 9.
- Pogge, T., *Priorities of Global Justice*, en Pogge (ed.), *Global Injustice*, Blackwell, Oxford, 2001.
- Pogge, T., *World Poverty and Human Rights*, "Polity Press", Cambridge, 2003.
- Tonry, M., *Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishments*, en Duff y Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, Oxford, 1994, ps. 44-70.
- Zaffaroni, R., *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 2003.
- Zaffaroni, R., *El enemigo del derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

"SOBRE HÉROES Y TUMBAS". LA HAMBRE EN LAS PRISIONES DE GUANTÁNAMO

María Laura R...

I. ¿Qué hay detrás de las huelgas de hambre?

La inquietud que despertó el interés por el tema de la huelga de hambre en Guantánamo nació con motivo de la situación en la que se encuentran las personas privadas de la libertad en la cárcel de Devoto, quienes desde el año 2005 y hasta nuestros días han utilizado el hambre como medio de protesta a la violación de sus derechos. Los artículos¹ muestran la política adoptada por el gobierno de los Estados Unidos al respecto, consistente en la utilización de los huelguistas. Las publicaciones discuten la política de inhumanidad de los medios que se utilizan para mantener a los protestantes² que son considerados

* Queremos agradecer a "Quique" –quien pidió que se le permitiera salir de la cárcel por su central aporte a este trabajo. Quique estuvo privado de la libertad en la cárcel penal de Devoto, entre otras unidades penitenciarias, en el CUD (Centro Universitario de Devoto). Asumió un rol de liderazgo en la huelga de hambre llevada a cabo en esa cárcel, con el fin de evitar la violación de sus derechos mencionados. De allí que su mirada interna y crítica del tema de la huelga de hambre, desarrollado, nos permitió repensar, desde otro lugar, varias cuestiones que se reformularon durante la exposición. Sus aportes están reflejados en estas líneas. Tampoco podemos dejar de agradecer a Leticia Delgado por sus atentas lecturas y enriquecedoras sugerencias. Agradecemos también a INECIP, por su aporte bibliográfico.

¹ PHR Library, *Over 250 Medical Leaders Condemn Brutality in Guantánamo* en http://physiciansforhumanrights.org/library/news/Guantánamo_hunger_strike_could_lose_steam, en www.msnbc.com.

² Según la publicación, se los inmoviliza en sillas de ruedas y se los alimenta por medio de tubos nasales, todo lo cual es considerado un tratamiento inhumano.