

IGUALDAD, CASTIGO Y CONFIANZA

Jaime Malamud Goti

En un libro recientemente publicado sobre teoría del derecho, George P. Fletcher sostiene que los delitos generan desigualdades, es decir un desequilibrio entre el delincuente y la víctima. El delito -al menos el delito violento- es una fuente de dominación que la sanción penal tiende a neutralizar.¹

Fletcher distingue entre formas de dominación genéricas y violentas. Para poner fin a las formas genéricas de dominación, los sistemas legales suelen brindar una serie de remedios tales como las acciones antimonopólicas, contra la discriminación en el empleo, etc.. Existen otros procedimientos cuando, en detrimento de ciertos individuos o grupos, un esquema de dominación se establece como forma de discriminación, generando así permanentes desventajas en la distribución de la riqueza y del empleo. Entre ellos pueden mencionarse los juicios por inconstitucionalidad, bajo la cláusula de igualdad ante la ley, y políticas controvertidas como la Acción afirmativa. Hay, sin embargo, una fuente particularmente grave y acuciante de desigualdad: la dominación que ejerce un determinado individuo sobre otro mediante la violencia injustificada: "La conducta criminal establece la supremacía del autor con respecto a la víctima y, en el caso de un homicidio, sobre la familia de la víctima."² Cuando ello ocurre, sostiene Fletcher, el remedio adecuado es el castigo penal. Al poner fin a la relación abusiva, el castigo restablece el equilibrio en esa relación. El castigo del chantaje, de la privación de libertad, la violación y la tortura es un medio claro de poner fin a la dominación coercitiva que ejercen algunos individuos sobre otros. Siguiendo el esquema de Bentham³, Fletcher considera al castigo como un medio de restablecer esta igualdad en relación a dos tipos de daño que el crimen produce: el daño **original (y concreto)** sufrido por aquellos que han sido violados, robados, o secuestrados; y el daño **secundario**: en términos generales, el padecimiento de inseguridad y de miedo que padece el resto de la comunidad. Parece claro que más allá de su blanco directo, los autores violentos adquieren un cierto dominio sobre los demás miembros de la comunidad, sembrando en ellos el temor de que sus derechos también sean infringidos. Un estado terrorista es el más claro ejemplo de esta segunda forma de dominación cuando, inmunes al castigo, los escuadrones de la

¹George P. Fletcher, Basic Concepts of Legal Thought, 1996, Oxford.

²Ver George P. Fletcher, Basic Concepts of Criminal Law, Oxford, 1997, pág. 37.

³Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Editores: J.H. Burns y H.L.A. Hart, 1996, Oxford, págs. 143 y 144.

muerte siembran angustia e inseguridad en la población. El castigo subsana este desequilibrio; en cambio, la impunidad asegura el dominio sostenido del transgresor y genera en la víctima directa y en quienes se identifican con ella un sentimiento de discriminación.⁴

⁴idem.

Hay dos puntos, que aunque no estén explícitamente articulados en el libro de Fletcher, se desprenden de sus afirmaciones. El primero es que las desigualdades que produce el delito son situaciones objetivas de dominación. El segundo es que la restauración del equilibrio entre transgresor y víctima no significa meramente la finalización de una inmediata situación perjudicial. Cuando el daño no es irreparable, suele ser suficiente la acción policial para poner fin a la desigualdad. Al rescatar a los rehenes, recuperar los bienes robados e impedir la continuación del abuso físico, los agentes de prevención y represión del crimen restablecen la igualdad que las transgresiones alteraron. Del mismo modo, a fin de mitigar los temores de devenir futura víctima, no hace falta una sanción penal por parte de los tribunales. El miedo no es un efecto necesario de todos los delitos por mas violentos que sean. Algunos pasan desapercibidos dejando al resto de la comunidad libre de temor, también está el hecho de que algunos actos criminales son ejecutados en situaciones que hacen que el temor a que se repitan sea infundado. Los crímenes de guerra son un caso típico, ya que la experiencia demuestra que la ejecución de rehenes y el abuso de los prisioneros no suceden en tiempos de paz. Resulta claro, por lo tanto que Fletcher no tiene en mente el simplismo de que cuando un individuo domina a otro por medio de la violencia, la víctima sufrirá concomitantemente de la inseguridad y el temor de volverse presa de ataques violentos recurrentes. Por cierto, basándose en Kant, Fletcher prueba que su punto de vista es más sofisticado. La esencia de su concepción de la función igualadora de la sanción penal reside en el hecho de que esta comunica una dosis de solidaridad institucional con la víctima "al reducir al mismo autor a la posición de víctima."⁵ Entonces, como otros retribucionistas Apuros®, Fletcher concibe el castigo como una institución que iguala al autor y a la víctima imponiendo sobre aquel -al menos simbólicamente- una pena equivalente al sufrimiento que ha causado. Tengo mis reservas en aceptar este punto de vista tal como está planteado. La primera objeción surge de la conocida creencia de que no es en lo más mínimo evidente que dañar al autor sea en algún modo beneficioso; posiblemente, el castigo ni siquiera gratifique a la víctima. La segunda objeción se origina en el hecho de que no es obvio que igualar para abajo, imponiendo sufrimiento al autor, sumado al de la víctima, sea en definitiva tan buena idea.

En este trabajo me baso en la idea básica de Fletcher de que el crimen produce desigualdades, y sostengo que, al menos en el caso de algunos delitos, el castigo coloca a las víctimas y a los autores en un mismo plano. Mi punto de vista, más amplio y a la vez más estrecho, se basa -al menos en parte- en una concepción emotivista del rol del castigo criminal y de su justificación. Sostengo que infringiendo los derechos de un individuo, numerosas formas de criminalidad degradan o humillan a estos individuos generando en ellos resentimiento, vergüenza y muchas veces culpa. Perder el control sobre la propia vida ante la violencia (y astucia, agregaría) de otro produce vergüenza; se siente culpa cuando el miedo a la violencia futura lleva al abandono

⁵Basic Concepts of Criminal Law op. cit, pág. 37.

del compromiso con los propios principios y planes de vida. Desde este punto de vista, el castigo sirve para restablecer en la víctima el perdido respeto por sí misma. Para aquellos que sufren continuamente los abusos de otros, el castigo al autor genera conciencia de los derechos de la víctima como primer paso hacia la rebelión contra futuras afrentas. Adhiero entonces a esta cuestión de la igualdad en un sentido limitado, es decir a la igualdad como el trato a los diferentes individuos con la misma consideración y el mismo reconocimiento. Para ello, las razones castigar deben ser confiables. A diferencia de la venganza, el castigo debe ser impuesto no sólo por los tribunales de justicia, sino por tribunales de justicia que cuenten con autoridad⁶: estos es, sus decisiones deben ser percibidas como legítimas.⁷ Volveré sobre este punto, una vez que analice una prestigiosa concepción retribucionista que concibe el castigo como un mecanismo igualador.

Hay varios autores retribucionistas que han conferido al castigo un efecto igualador. Entre ellos, se destaca el de Herbert Morris.⁸ Morris concibe a la sanción penal como aquella que se le impone al *free-rider* para privarlo de sus ventajas. Concibe el sistema legal como un conjunto de normas destinadas a disuadir a los individuos de actuar bajo ciertos impulsos, a ejercer el autocontrol. Al fomentar la paz interna y la seguridad, y al facilitar la cooperación, el acatamiento general mejora la calidad de la vida social para todos los miembros de la comunidad. Cuando un individuo abandona este control de sus impulsos y transgrede las normas, amenaza con perjudicar este orden valorado, instando a imitadores a seguir su ejemplo. El castigo garantiza la supresión de la ventajas que adquieren los transgresores por sobre el resto de la comunidad. Hasta aquí, este punto de vista es aparentemente consecuencialista y parece convincente. Pero Morris demuestra que este consecuencialismo es sólo aparente. Su posición se identifica con el más puro retribucionismo: "(Una) persona que viola las normas tiene algo que otros tienen -los beneficios del sistema- pero adquiere una ventaja injusta al ignorar aquellas cargas que los demás han asumido (la carga del autocontrol.)"

⁶La noción de autoridad en este sentido se acerca a la de legitimidad. La legitimidad, sostiene Friedman, tiene dos significados. El primero es el de cumplimiento voluntario. El segundo es de conducta coercionada cuando la compulsión es apoyada o al menos consentida. Es este segundo significado de legitimidad que quiero relacionar a la noción de autoridad (Ver R.B. Friedman, "On the Concept of Authority in Political Philosophy", en Authority, Editor: Joseph Raz, pág.62.

⁷Ver R. B. Friedman, "On the Concept of Authority in Political Philosophy", en Authority editor: Joseph Raz, pág.56.

⁸Herbert Morris, On Guilt and Innocence, U. Cal. Press, 1976, pág. 34-35.

En esta suerte de juego de fuerzas, el delincuente obtiene una ventaja injusta. El acto de justicia es la eliminación de esta ventaja mediante el castigo. Otro modo de plantear este esquema es suponer que por tener algo indebido, este individuo le debe algo a los demás. La justicia -que consiste en el castigo de dichos individuos- restablece el equilibrio de los beneficios y las cargas, al tomar del individuo lo que este debe"⁹

La concepción de Morris sobre las normas y el castigo es retribucionista en dos sentidos. En primer lugar, por su noción lo que son las normas: reglas de contención que sustentan el sistema y mejoran la vida de todos los miembros de la comunidad; en segundo lugar, es retribucionista porque el concepto de "ventajas inmerecidas" es puramente evaluativo. En cuanto a la primera cuestión, hay que tomar en cuenta, en los términos de Morris, el sistema de normas no necesariamente salvaguarda los derechos de los individuos; es esencialmente protector del bienestar general. Un sistema legal que impone restricciones a las acciones para el mejoramiento de la calidad de la existencia común da lugar a normas que simplemente coordinan las acciones colectivas. Estas normas no tienen por qué dirigirse a proteger nuestros derechos sino establecer cierta organización, que puede consistir en obtener cierta uniformidad en los estilos de vida de la gente. Hay otro aspecto de este esquema que resulta evaluativo y reside en la noción de **Aventaja@o Abeneficio@** que el castigo elimina para restablecer la igualdad entre víctima y autor.

⁹Morris, op. cit. pág. 34.

Es claro que, si todos los transgresores obtuvieran ventajas reales en el sentido habitual, la teoría de Morris se basaría en consecuencias (causales), pero Morris tiene consciencia de que los actos criminales no necesariamente brindan beneficios (independientes). El caso de los crímenes políticamente motivados, de **Adelitos altruistas**, prueba que ese enfoque está equivocado. Los terroristas que arrojan bombas, motivados por ideales políticos o sociales, no adquieren ventajas ni beneficios de ningún tipo. Al contrario, suelen correr serios riesgos que los llevan al daño físico y a la muerte. Por lo tanto, es claro que el enfoque de Morris se basa en una perspectiva analítica de la noción de ventaja o beneficio, que hace que su concepción esté identificada con la transgresión de normas. El hecho de que nos resulte apropiado castigar a los terroristas altruistas revela que la "ventaja" a la que se refiere Morris no es otra cosa que el incumplimiento de la carga de autocontrol; es decir, el simple hecho de que el transgresor ha violado las normas. En este caso lo único que nos queda es una sanción penal asimilable a las penalidades en los juegos. A diferencia del castigo que requiere de una justificación independiente, dichas penalidades no exigen razones (morales o prudenciales) "externas" e independientes para su justificación. Son simplemente consecuencias **internas** del propio sistema de normas y por lo tanto carecen de justificación para restringir los derechos del transgresor, como de hecho ocurre al castigarlo.¹⁰ Por lo tanto, Morris no brinda una justificación de la versión igualadora del castigo, y entiendo que esto ocurre por no tomar en cuenta los efectos emocionales de los delitos.

Ahora intentaré justificar la noción de que al menos en algunos casos, el castigo iguala a víctimas y victimarios. Una vez que articule las nociones de castigo y democracia, intentaré criticar el retribucionismo puro y fundamentar el retribucionismo **Acenrado en la víctima**. Finalmente explicaré por qué, a fin de restablecer el equilibrio, el castigo debe ser impuesto por tribunales con autoridad. En primer lugar, me referiré a las características indispensables de una sociedad basada en derechos.

¹⁰Adhiero a esta crítica en "Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?" en Human Rights Quarterly, 1990, No. 1, Vol. 12, pág.1-16.

Estipulativamente, una democracia basada en derechos significa que los ciudadanos participan en las decisiones políticas y que gozan del consenso en el reconocimiento de una serie de derechos y libertades individuales fundamentales. En este sentido, para simplificar, se podría equiparar una comunidad democrática con un acuerdo pluralista -en el que los individuos persiguen sus ideales y valores y respetan las preferencias y las elecciones de los demás individuos. Los miembros de dicha sociedad son dueños de su propia existencia.¹¹ Lo que hace posible que sean dueños de la propia existencia es que los individuos tienen respeto por sí mismos (la condición de una sociedad justa, adoptada por Kant y Rawls) y por los demás miembros de la comunidad. Ellos valoran sus propios planes de vida -y los ajenos- y confían en que las instituciones protegerán el desarrollo de sus ideales personales de la interferencia de terceros.¹² Sostengo que el castigo de los transgresores que humillan y someten a ciudadanos en esta comunidad resulta esencial al logro del modelo igualitario. La experiencia de ser víctima de un delito, como la ilicitud por negligencia, robo, y maniobras engañosas es en cierta medida humillantes. Uno se siente humillado cuando es arbitrariamente manipulado, sometido a la violencia, o tratado con la indiferencia del autor negligente o imprudente.¹³ Pero hay delitos que son especialmente humillantes: al subordinar la propia voluntad a los caprichos ajenos, ciertas violaciones de los derechos eliminan nuestra propia humanidad. Las formas más características de estos delitos son, entre otras, el secuestro, la violación, y la tortura. En relación a esta clase de delitos, la experiencia indica que en las sociedades en las que la impunidad es la regla, se culpa a las víctimas mismas por los delitos.¹⁴ Así, como remedio institucional, el castigo nivel el status (humano)del autor y de la víctima. En ausencia de un remedio político, y el castigo es la expresión más fuerte de este remedio, condonamos el dominio del delincuente sobre la víctima. El autoengaño que esto produce nos lleva a dejar de considerar la inmoralidad del delito, no restableciendo así en

¹¹John Rawls, "Social Unity and Primary Goods", en Utilitarianism and Beyond, Editores: Amartya Sen y Bernard Williams, Cambridge University Press, reimpresión, 1990, pág. 159.

¹² John Braithwaite y Philip Pettit, Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice, Oxford University Press, 1990, Capítulo 7.

¹³Ver Jean Hampton, en Forgiveness and Mercy, Jeffrie Murphy y Jean Hampton, 1988, Cambridge Cap. 2,

¹⁴Lamb, Carol The Trouble with Blame: Victims, Perpetrators & Responsibility, Harvard University Press, Cambridge Mass. & London, 1996.

la víctima la pérdida de un sentido básico del bien y del mal,¹⁵ esto es de sostener la creencia de que ella causó su propio daño. En cierta forma, que ella misma fue el autor.

¹⁵Ver Jean Hampton en Jean Hampton and Jeffrey, Forgiveness and Mercy, 1988, Cambridge, pág. 40 y subs.

El opresor mata nuestros ideales, el respeto por nosotros mismos. Si se prolonga a través del tiempo, la opresión elimina la percepción de los propios derechos. Renunciar a los deberes y las metas personales produce un sentimiento de vergüenza. Aquellos que han sido sometidos reiteradamente suelen requerir un tipo de cura que un psiquiatra no brinda. La sensación de falta de respeto por sí mismo y de vergüenza exige un "remedio político". Sólo el reconocimiento público por parte de instituciones imparciales de que alguien ha sido víctima podrá legitimarla desde su propio punto de vista. El castigo de los que han violado los derechos de ese individuo es el mensaje más claro y fuerte que puede realizarse a tales efectos. Si el violador no es declarado culpable, la víctima de la violación se sentirá culpable como ejecutora del delito. Por eso necesita una respuesta institucional que valore su dignidad. El castigo debe cumplir esta función, y para ello se requiere de una concepción del castigo que no sea *centrada en el autor*, como plantean las tendencias disuasivas y los retribucionistas puros, sino una concepción del castigo *centrada en la víctima*.¹⁶ Más aún, es esencial a esta teoría contemplar algunos de los sentimientos de la víctima como dignos de reconocimiento y protección. Si los teóricos coherentes valoran el respeto por uno mismo como condición necesaria de una verdadera democracia basada en derechos, entonces deben reparar en su resentimiento como un sentimiento legítimo y apoyar la defensa de los individuos contra la humillación, ya que sólo los individuos que se respeten ejercerán sus propios derechos así como los ajenos. El resentimiento que nace de la violación de un derecho es el que también garantiza la protección institucional como medio para hacer reclamos justos por el respeto de los derechos.

Dichas reflexiones plantean la necesidad de una variante del retribucionismo *centrada en fines*. Según esta versión, el castigo debería concebirse como dirigido a la reparación de los sentimientos valorados de las víctimas. No me refiero estrictamente a los sentimientos vindictivos; considero en términos más generales la pérdida del sentido de propósito y de respeto por sí mismo de algunas víctimas, y la indignación y el odio *retribucionista* de otras.¹⁷ Como expliqué más arriba, aquellos que padecieron una dominación real por parte del transgresor, sienten vergüenza y falta de respeto por sí mismos, por ser meros objetos de una manipulación violenta o engañosa. Esto suele llevarlos a renunciar a sus ideales y metas personales, que confieren sentido a su vida. El retribucionismo orientado a fines adjudicará al castigo la función de restablecer la confianza perdida. Lo que distingue este fin de aquellos de la prevención general y de otras teorías basadas en fines es que el primero no es el resultado "causal" de relaciones externas, sino más bien el producto de consideraciones evaluativas, de contemplar esencialmente lo que se desprende (analíticamente) de la

¹⁶Evito caracterizar y criticar las concepciones utilitarias y retribucionistas tradicionales del castigo.

¹⁷Ver Jeffrie Murphy, *Forgiveness and Mercy*, by Jeffrie Murphy and Jean Hampton, 1988, Cambridge, pág. 88 y subsig.

noción misma de castigo. Reducir la vergüenza y la culpa del sobreviviente no es una consecuencia "externa" de las penas, sino más bien un aspecto intrínseco de las penas mismas.¹⁸

¹⁸Agradezco a John Kleinig por señalar esta distinción..

Hay una diferencia entre el retribucionismo puro y el que se centra en la víctima. En tanto que el primero se ve obligado a imponer el castigo ante una serie de condiciones que hacen que un determinado acto sea un delito, tal generalidad no se aplica al retribucionismo centrado en la víctima. En procura de la reparación de las víctimas, en base a este último, puede coherentemente elegirse no castigar o contentarse con la simple condena del transgresor, o estrictamente del acto que ha cometido. Si se cree que imponer sufrimiento al transgresor no producirá nada importante a los fines de restablecer en la víctima el respeto por sí misma y su confianza, el castigo entonces carecerá de justificación. Esto da lugar a una amplia discreción.¹⁹

¹⁹Aunque esta justificación centrada en la víctima del castigo de criminales de estado es por cierto la más plausible, no se pretende que sea excluyente y, por lo tanto, no pretende reemplazar otras razones de justificación aplicables al castigo penal. Una posición centrada en la víctima puede presentar la futilidad de imponer una sanción penal en determinado transgresor, aunque el castigo del mismo todavía pueda ser apropiado si, por ejemplo, las circunstancias indican que disuadirá a posibles imitadores.

Adjudicar un efecto igualador y por lo tanto democratizante al castigo presupone que las decisiones de los tribunales tienen autoridad: que el veredicto refleja la verdad sobre los hechos. La víctima no puede recuperar su dignidad ni validar su resentimiento sin la confianza en la idoneidad del tribunal que le da la razón. Se espera que el resultado de un juicio establezca qué fue lo que realmente ocurrió, y que evalúe la relevancia legal del hecho. La autoridad de los tribunales opera aquí en tres diferentes niveles. El primero reside en la noción de que sin una mínima autoridad, sin la creencia que el tribunal es idóneo para ejercer la coerción, el castigo sería pura violencia, privación de libertad.²⁰ En este sentido se dice que las decisiones se originan en la fuente correcta y que esta fuente tiene el poder de hacer cumplir los veredictos.²¹ Decir que los tribunales tienen autoridad en un segundo sentido significa que al aplicar la ley positiva, los tribunales sugieren a la víctima que ésta tiene razón en sentirse resentida, que tiene genuino reclamo que efectuar ante la justicia. Este tipo de autoridad resulta esencial en el restablecimiento de la dignidad de la víctima, a fin de aplacar su sincero resentimiento. Sin embargo, este rasgo de autoridad no es suficiente para poner fin al conflicto. Aunque las penas contribuirán a restablecer la dignidad perdida de los ciudadanos, la población en su conjunto puede no compartir la opinión de que la corte sea competente, o imparcial, o que haya aplicado la ley correctamente, o que la ley refleje verdaderamente los valores compartidos por la comunidad: más allá de satisfacer las emociones retribucionistas, las penas se fundamentan en nociones ampliamente compartidas de derechos y responsabilidades morales. Puede haber cierto consenso en que la transgresión de la ley debe ser punible, como en el caso de la violación o la tortura. Los hechos suelen indicar que el apoyo popular a los juicios a violadores y transgresores de los derechos humanos no llega a generar realmente el aborrecimiento general de la violencia. El tiempo suele demostrar que una parte de la población apoya el castigo de un determinado transgresor por razones políticas, raciales, de clase, de género, o puramente efímeras. En dichos casos, el apoyo de los juicios y las penas no está dirigido contra el delito mismo, sino contra un cierto autor del hecho en determinadas circunstancias. Un buen ejemplo de este rasgo es el éxito electoral de individuos que han sido procesados por abusos de los derechos humanos. El policía argentino Luis Patti, ahora intendente de una comunidad de clase media, y el General Domingo Bussi, gobernador de la provincia de Tucumán, son buenos ejemplos. Se lo acusa a Patti de torturar a los detenidos y a Bussi, delegado de la junta militar en tiempos de la dictadura, se lo acusa de haber ordenado abusos entre 1976 y 1983. El hecho de que una parte de la ciudadanía aún considere a la víctima como merecedora de sufrimiento, posiblemente no ponga fin al conflicto desde una perspectiva amplia, pero las penas contribuirán a restablecer la igualdad que el delito alteró desde el punto de vista de la víctima.

Finalmente quiero decir que, como George Fletcher y Herbert Morris, estoy de acuerdo con el hecho de que los delitos penales crean un desequilibrio entre el transgresor y la víctima. También estoy de acuerdo con su afirmación de que las penas son apropiadas para poner fin a este

²⁰En The Concept of Law, H.L.A. Hart apela a la autoridad, la cual llama la norma de reconocimiento para realizar dicha distinción.

²¹ Ver Richard Flathman, The Practice of Political Authority: Authority and the Authoritative, 1980, Chicago, págs. 156-158.

desequilibrio. A diferencia de Fletcher y de Morris, sin embargo, adjudico un componente emotivo a la justicia retribucionista y relaciono los efectos de la redignificación del castigo con la competencia y autoridad de los tribunales, mínimamente que la víctima misma confíe en la precisión, la imparcialidad y la legitimidad²² a la decisión del tribunal.

²²Sigo la opinión de R. B. Friedman que afirma que la legitimidad puede significar el cumplimiento con la institución legítima, o que consideremos la coerción a la que apela la institución como justificada y correcta cuando se aplica la coerción al transgresor. Ver R.B. Friedman, "On the Concept of Authority in Political Philosophy" en Authority, Editor: Joseph Raz, 1990, New York University Press, pág.56 y subs.