

Universidad Nacional de Córdoba

Facultad de Derecho

Secretaría de Posgrado

Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales

**La evaluación de ámbitos de excepcionalidad material desde el ideal político
republicano**

Córdoba, 25 de julio de 2018

Consejera: Dra. María Teresa Piñero

Tesista: Mgter. Romina Frontalini Rekers

A mi madre,

INTRODUCCIÓN

1. Delimitación del problema	2
2. Plan de trabajo	5
3. Republicanismo y sistemas penales	9
4. Los métodos.....	11

CAPÍTULO I: LA TEORÍA REPUBLICANA

1. La tradición republicana	17
1.1. El origen del neo-republicanismo	17
1.2. Dos republicanismoa.....	20
2. La libertad republicana	24
2.1. El argumento de Philip Pettit	24
2.2. La concepción republicana de libertad como no-dominación	27
2.3. La protección de la libertad como no-dominación	36
3. La teoría política republicana de Philip Pettit	39
3.1. La forma del estado republicano	43
3.2. Democracia y ciudadanía contestataria.....	45
4. Las dos dimensiones de la teoría republicana	50
4.1. Justicia social	51
4.2. Legitimidad política	55

CAPÍTULO II: LEGITIMIDAD Y DOMINACIÓN

1. Legitimidad y republicanismo	60
2. El enfoque de la arbitrariedad sustancial	64
3. El enfoque de la arbitrariedad procedimental	71
4. El enfoque del poder de interferencia incontrolado.....	79

CAPÍTULO III: UNA TEORÍA REPUBLICANA PARA LOS SISTEMAS PENALES

1. La teoría integral de John Braithwaite y Philip Pettit	91
2. Cambios en la teoría	100
3. Las condiciones de la legitimidad de los sistemas penales	111
4. Control popular y dominación.....	155

CAPÍTULO IV: DISCRECIONALIDAD POLICIAL

1. La discrecionalidad policial como política criminal.....	124
2. Discrecionalidad policial y libertad.....	138
3. La discrecionalidad policial en la teoría de Braithwaite y Pettit	177

CAPÍTULO V: LA LEGITIMIDAD REPUBLICANA DE LA DISCRECIONALIDAD POLICIAL

1. El control popular de los ámbitos de discrecionalidad policial	155
2. Dominación y discrecionalidad: el caso de la figura del merodeo	165
3. La asimetría entre legitimidad e ilegitimidad	177

**CAPÍTULO VI: EL CONTROL POPULAR DE LA DISCRECIONALIDAD
POLICIAL: EL HABEAS CORPUS**

1. El habeas corpus como mecanismo de control popular.....	192
2. El habeas corpus en Argentina y Córdoba.....	199
3. El control popular de la discrecionalidad policial y la práctica judicial.....	207
4. Mecanismos de control judicial y dominación	226

CAPÍTULO VII: EL PRINCIPIO DE PROFUSIÓN DEL CONTROL

1. Las particularidades del ideal regulativo republicano	234
1.1. La robustez del ideal	238
1.2. La distribución de la influencia	248
2. Control popular y sistemas penales	254
2.1. La justificación del principio de profusión del control.....	261
2.2. Posibles objeciones al principio de profusión del control	277

**CAPÍTULO VIII : APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE PROFUSIÓN DEL
CONTROL**

1. Habeas corpus y principio de profusión	286
1.1. Obligaciones de los jueces	286
1.2. Reconocimiento de la injusticia epistémica.....	294
2. Ética policial republicana	297
2.1. Ética policial	298
2.2. Ciudadanía contestataria y ética policial responsiva	304
3. Una teoría republicana para los sistemas penales revisada	307

CONCLUSIONES	311
---------------------------	-----

ANEXO METODOLÓGICO

1. Análisis conceptual.....	321
2. Equilibrio reflexivo	323
3. La relevancia de los datos empíricos	326
3.1. Relevamiento y análisis sobre la aplicación del Código de Faltas	327
3.2. Informe sobre el control judicial de las políticas de seguridad a través del habeas corpus.....	332

REFERENCIAS	334
--------------------------	-----

INTRODUCCIÓN

1. Delimitación del problema

Este trabajo de tesis se inició en algunas preguntas vinculadas a la vida ciudadana, particularmente de Córdoba, a partir de la tensión existente entre la libertad y el poder policial discrecional. Esta tensión abrió una serie de interrogantes del orden, entre otros, de la compatibilidad entre los ámbitos de discrecionalidad policial y la libertad de los ciudadanos. Intuitivamente pareciera que ambos son incompatibles. Esto explicaría por qué la ciudadanía tiende a ver un problema en la discrecionalidad policial; en tanto afectaría la libertad de los ciudadanos. Dos elementos componen esta intuición, por un lado, una concepción de libertad como ausencia de sujeción a la voluntad de otro y, por otro lado, la discrecionalidad policial como el poder de decidir sin restricciones interferir o no interferir en las opciones de la ciudadanía. Ambos elementos serán analizados desde la teoría política sobre dos aspectos empíricos de la política criminal cordobesa que nos permiten arribar a las conclusiones.

La incompatibilidad de la discrecionalidad policial, asociada a la noción de *ámbitos excepcionalidad material*, con la libertad se evidencia en el fenómeno de las detenciones por merodeo en la provincia de Córdoba. Este adquirió en los últimos tiempos un impacto notorio, tanto en los medios de comunicación como en la vida real de los sectores más vulnerables al punto tal de dar origen a una marcha anual en repudio a las detenciones por merodeo bajo la consigna “*no es merodeo es paseo*”. Aquí el problema de la sujeción de los afectados al poder policial discrecional se combina con el desarrollo de un patrón discriminatorio que contribuyó a la generación del estereotipo del *pibe de gorra*. Así, como

se mostrará en el trabajo, la discrecionalidad policial ha habilitado el empleo de la coacción estatal en contra de un colectivo estereotipado para controlar su presencia en el espacio público¹.

Estos aspectos de la discrecionalidad policial, puestos en evidencia en el fenómeno de las detenciones por merodeo, parecieran ser suficientes para rechazar cualquier política que promueva la creación de *ámbitos de discrecionalidad policial*. Sin embargo, la discrecionalidad policial conlleva cuestiones positivas de impacto institucional y del orden de resguardo de las libertades básicas, que no podemos no considerar a la hora de responder la pregunta y que abordaremos en la tesis. Así, la discrecionalidad habilitaría la implementación de modelos de actuación policial menos invasivos y particularistas. De este modo, la discrecionalidad policial, combinada con una ética policial adecuada, evitaría los efectos sobreinclusivos e infrainclusivos asociados a las *leyes de detalle*.²

El republicanismo pettitiano, adoptado como marco teórico en este trabajo, ofrece una alternativa a la respuesta negativa sobre la compatibilidad de la discrecionalidad policial con la libertad. Para el republicanismo, si el poder discrecional está sometido a control popular, es compatible con la libertad. Esta conclusión se apoya en el hecho de que si la

¹ Esta cuestión aparece como problema a partir de la aplicación del Código de Faltas de la Provincia de Córdoba. Más específicamente el problema se destaca en relación con el tipo contravencional del *merodeo rural y urbano* previsto en el artículo 98 del Código. El Código de Convivencia de la Provincia de Córdoba, Ley 10326, sustituyó en el año 2015 al Código de Faltas de la Provincia de Córdoba, Ley 8.431. Originariamente este trabajo, como los estudios empíricos citados, analiza la figura del merodeo urbano, tal cual era regulado en el Código de Faltas derogado. Este tipo contravencional se fraccionó en dos en el actual Código de Convivencia dando lugar a dos figuras, por un lado, el tipo contravencional de *conducta sospechosa* y, por otro lado, *el merodeo rural*.

² Las leyes de detalle son aquellas que reducen al mínimo la discrecionalidad de sus aplicadores. Detallando con precisión las condiciones de su aplicación determinan el universo de casos que quedan dentro y fuera de su ámbito de aplicación. Aunque reducen el poder discrecional de sus aplicadores, tienen el efecto de sobreincluir, es decir abarcar casos que no deberían quedar abarcados, o infraincluir, no abarcar casos que deberían quedar comprendidos por el ámbito de aplicación.

ciudadanía tiene la última palabra sobre cómo debe emplearse y qué dirección debe adoptar la discrecionalidad policial, no estamos sujetos a la voluntad de la policía.

Un mecanismo de control popular, de raíz republicana, que cobró protagonismo en relación con el fenómeno de las detenciones arbitrarias por merodeo es el *habeas corpus*. Aunque se trata de un mecanismo de control judicial, dado que la tradición republicana cuestiona el enfoque del poder judicial como antipopular, el *habeas corpus* se erige en un canal para la influencia popular. Este ha sido una de las herramientas que los afectados y las organizaciones sociales han utilizado para influir sobre la *discrecionalidad policial contravencional*. Por lo que parte de este trabajo analiza el funcionamiento del *habeas corpus* como mecanismo de control popular de la discrecionalidad policial.

Para el republicanismo la compatibilidad entre la discrecionalidad policial y la libertad está condicionada a la creación de una nueva opción, a saber, la de influir sobre la discrecionalidad policial. Esta es la opción que el Estado intenta proporcionar a los ciudadanos través de instituciones como el *habeas corpus*. Un nuevo problema aparece cuando advertimos que esta nueva opción, de la cual depende nuestra libertad frente a la discrecionalidad, está sujeta a la voluntad de los jueces que administran el mecanismo de control. El problema consiste en que los mecanismos de control popular pueden ser fuente de *sujeción o dominación*. Una vez que se evidencia esta nueva relación de sujeción o dominación surge una pregunta que desafía la respuesta republicana: ¿es compatible la libertad con el control judicial?

Este interrogante se apoya en una serie de preguntas que intenté responder en el desarrollo de la tesis: ¿por qué es valioso adoptar la teoría republicana para evaluar y diseñar las instituciones jurídicas y prácticas institucionales como los ámbitos de discrecionalidad policial? ¿en qué condiciones la coacción estatal es compatible con la libertad de los

ciudadanos? ¿cuándo es legítima la coacción estatal? ¿qué forma deben adoptar los sistemas penales republicanos? ¿cuándo son legítimos los sistemas penales? ¿es compatible la libertad republicana como no-dominación con los ámbitos de discrecionalidad policial? ¿en qué condiciones? ¿cómo el fenómeno de las detenciones por merodeo muestra que la discrecionalidad policial es ilegítima? ¿puede un sistema penal ilegítimo ser más ilegítimo? ¿pueden los mecanismos de control popular de corte judicial convertirse en una fuente de dominación adicional a la dominación policial? ¿puede un principio de profusión de control evitar que los mecanismos de control popular indirectos, como es el caso del control judicial, se conviertan en una fuente de dominación adicional? ¿puede un principio de profusión de control que los sistemas penales ilegítimos lleguen a ser más ilegítimos sin renunciar a los mecanismos de control? ¿cuáles son las implicancias del principio de profusión de control para un mecanismo de control popular como el habeas corpus? ¿puede la ética policial cooperar con el principio de profusión del control? ¿qué forma debe adoptar este principio para cumplir con esa función y resultar compatible con el ideal republicano de ciudadanía contestaria? ¿qué consecuencias se siguen de este trabajo para la teoría republicana para los sistemas penales?

Haciéndose eco de estos interrogantes el objetivo general de esta tesis es determinar en qué condiciones el control judicial coopera para que los ámbitos de discrecionalidad policial sean compatibles con la libertad republicana como no-dominación.

2. Plan de trabajo

El Capítulo I tiene como objetivo presentar las razones por las que la teoría política republicana debería ser adoptada como ideal regulativo para evaluar y diseñar nuestras instituciones y prácticas jurídicas. De acuerdo con el ideal regulativo republicano,

las instituciones en general y las instituciones jurídicas en particular deben promover la libertad como no-dominación de los ciudadanos. La elección del ideal regulativo provisto por la teoría política republicana no es caprichosa. Este trabajo parte del presupuesto de que existen razones para defender la adopción del ideal republicano frente a sus principales rivales: el liberalismo y el comunitarismo. De ahí que este trabajo no solo consiste en un ejercicio de aplicación al derecho del ideal republicano, sino que además pretende mostrar que se trata de un ideal valioso y que tiene sentido trabajar a favor de su plausibilidad. El valor de la libertad como no-dominación ocupa el lugar de un bien primario que las instituciones públicas deben producir. Como tal, el valor de la libertad como no-dominación resulta especialmente atractivo por razones, sobre las que profundizaré en este Capítulo. En primer lugar, la libertad como no-dominación es una concepción de libertad que forma parte de la tradición política republicana y, por lo tanto, de nuestra historia institucional. En segundo lugar, la concepción republicana de libertad puede explicar mejor que sus concepciones rivales lo que significa ser libre. Sin embargo, y este es otro punto a su favor, incorpora elementos de las concepciones de libertad liberal y comunitarista, que la hacen aceptable para quienes suscriben otras concepciones de libertad. Cimentado sobre el valor de la libertad como no-dominación, el ideal regulativo propuesto por la teoría política republicana resulta aplicable al ámbito de la justicia social y de la legitimidad política.

El propósito del Capítulo II es analizar las implicancias de la teoría republicana para las relaciones del Estado con la ciudadanía. En el abordaje de esta relación surge la pregunta sobre la compatibilidad de la coacción estatal con la libertad ciudadana, es decir, la pregunta por la legitimidad. La pregunta por la legitimidad busca identificar las condiciones institucionales que hacen compatible la coacción estatal, empleada por el estado para la instauración de un orden social justo, con la libertad como no-dominación de los ciudadanos.

Delimitar el ideal de legitimidad republicano demanda identificar cuándo la coacción estatal compromete la libertad como no-dominación, lo que nos lleva a un debate al interior de teoría republicana sobre qué cuenta como poder de interferencia dominador.

El Capítulo III se propone mostrar las implicancias de la teoría republicana para los sistemas penales e identificar las condiciones de la legitimidad que deben satisfacer los sistemas penales republicanos. Sin embargo, cuando las teorías y los ideales conducen a consecuencias contraintuitivas en determinadas instancias o casos de aplicación, su plausibilidad y coherencia se pone en peligro. Este trabajo se ocupa de un caso que podría llegar a poner en cuestión la plausibilidad del ideal republicano de legitimidad. Tal es el caso de los ámbitos de discrecionalidad policial. De ahí que en el Capítulo IV esta tesis describe las características de los ámbitos de discrecionalidad policial desde el punto de vista conceptual, político criminal y analiza su compatibilidad con la libertad republicana.

El Capítulo V es central porque tiene por objetivo analizar las condiciones de la legitimidad republicana de los ámbitos de discrecionalidad apelando al caso de las detenciones por merodeo. Además, presenta un argumento a favor de la asimetría entre legitimidad e ilegitimidad de la que depende la relevancia normativa del problema de la dominación introducida por los mecanismos de control. A través del análisis de un estudio empírico sobre la aplicación del tipo contravencional de merodeo se muestra que la probabilidad de ser detenido depende exclusivamente de la voluntad policial.

El habeas corpus es el mecanismo de control popular, y de raigambre republicana, a la que apelan los afectados por la aplicación de la figura de merodeo. Por lo que, el objetivo del Capítulo VI es analizar el funcionamiento del habeas corpus como mecanismo de control popular sobre los ámbitos de discrecionalidad policial y mostrar cómo pueden introducir dominación adicional a la dominación policial. Apelando al estudio del funcionamiento

empírico de este mecanismo, la tesis muestra que se trata de un mecanismo de control popular ilusorio, pero que además introduce dominación.

Siguiendo esta línea el Capítulo VII tiene como finalidad justificar la necesidad del principio de profusión de control sobre la base de que evita que los mecanismos de control popular, en este caso de corte judicial, se conviertan en fuente de dominación adicional. De este modo el principio evita que los sistemas penales ilegítimos lleguen a ser más ilegítimos sin renunciar a los mecanismos de control popular indirectos como el judicial.

Esta respuesta al problema de la dominación introducida por los mecanismos de control permite mantener las ventajas de los ámbitos de discrecionalidad policial, evitando la dominación que podría introducir el control popular de aquella. Al defender la importancia del principio de profusión del control, mostraré su utilidad para dar cuenta de la robustez del bien de la libertad como no-dominación, y sus implicancias para el diseño de políticas e instituciones jurídicas. El carácter robusto de la libertad como no-dominación determina que solo pueda obtenerse cuando el nivel de protección frente a la dominación se mantiene constante en un conjunto de mundos posibles. En consecuencia, el nivel de protección se mantiene en otros mundos posibles, en los que las circunstancias como la disposición a controlar y ser controlado varían.

Finalmente, en el Capítulo VIII se propone mostrar las consecuencias del principio de profusión del control para la evaluación y diseño de las instituciones jurídicas, prácticas jurídicas y ética de la función pública en el ámbito de los sistemas penales. Mas concretamente, en esta parte de la tesis se aplica el principio al habeas corpus y las obligaciones jurídicas de los jueces. También se ocupa de argumentar a favor de una ética policial responsiva compatible con el ideal republicano de ciudadanía contestataria que coopera con el principio de profusión del control para alcanzar el umbral de legitimidad

republicana. Finalmente, intenta determinar la estructura de una teoría republicana para los sistemas penales que incorpore el principio de profusión de control propuesto.

3. Republicanismo y sistemas penales

El plan de trabajo descrito en el apartado anterior sugiere que se trata de un ejercicio que puede desarrollarse en el área de diferentes instituciones jurídicas. Sin embargo, este trabajo aborda las implicancias del ideal republicano de legitimidad para el área específica de los sistemas penales, aunque nada obsta, en principio, que las conclusiones aquí obtenidas puedan aplicarse a otras áreas, como el sistema de seguridad social, el sistema tributario, etc.

Muchos filósofos han explorado la relación entre la teoría política republicana y el derecho penal. La mayoría de estos trabajos se inscriben en la tradición continental del republicanismo. Se trata de una tradición de corte comunitarista, que adscribe a un concepto positivo de libertad, de acuerdo con el cual esta se define como autogobierno. En consecuencia, estos trabajos se han centrado en la relación entre autogobierno y derecho penal (Anthony Duff, 2001, 2007, 2012, 2015; Duff y Marshal, 1998; Gargarella, 2016; Dagger, 2009, 2011). Se trata de una versión del republicanismo con la que los autores liberales defienden los méritos de su propio enfoque (Pettit, 2012, p.12).

Por el contrario, entre los autores que suscriben la tradición ítalo-atlántica del republicanismo, los trabajos vinculados a los sistemas penales no han sido tan variados, aunque se caracterizan por un mayor grado de teorizaciones y sistematicidad (Braithwaite&Pettit, 1990). A diferencia del primer grupo, los autores que se inscriben en esta tradición adscriben a una concepción negativa de libertad como no-dominación. En consonancia con esto, este trabajo tiene como fin contribuir al desarrollo de la relación entre republicanismo y sistemas penales en el ámbito de la tradición ítalo-atlántica. Esta tradición

se encuentra representada en el trabajo Philip Pettit, que se toma como punto de partida del ejercicio propuesto.

El proyecto teórico-político de Pettit es aplicable a todas las instituciones públicas. Sin embargo, un área que tiene especial importancia es la de los sistemas penales. Tal importancia viene dada, en primer lugar, porque los sistemas penales se ocupan de castigar las afectaciones más graves a la libertad y, al mismo tiempo, los sistemas penales pueden comprometer la libertad de los ciudadanos gravemente. En segundo lugar, se trata de un ámbito que se ha caracterizado por su impermeabilidad a corrientes políticas diferentes al liberalismo clásico. En 1990, Philip Pettit junto a John Braithwaite elaboraron una teoría republicana integral para los sistemas penales. De acuerdo con esta teoría, que presentaré en el Capítulo III, los sistemas penales deben adoptar como objetivo la promoción de la libertad como no-dominación. Adicionalmente, los autores proponen diversos principios intermedios que establecen obligaciones para los funcionarios encargados del desarrollo y aplicación de la política criminal republicana. Tal es el caso del principio de reprobación, el principio de reintegración o rectificación, el principio de parsimonia y el principio de control del poder.

Desde la formulación de esta teoría hasta la fecha, la concepción de libertad como no-dominación ha ido evolucionando en la obra de Philip Pettit. Esta evolución marca la necesidad de una revisión correlativa de la teoría republicana para los sistemas penales. Así, cómo se conceptualice la libertad como no-dominación tiene efecto en la estructura de la teoría, en la determinación e interpretación de los principios intermedios, en las obligaciones de los agentes asociados al sistema y las respuestas a los principales asuntos penales. Desde la publicación de *On the people's terms*, obra donde Pettit propone abandonar la concepción de dominación como poder arbitrario y pasa a definirla como sujeción a un poder incontrolado, la teoría republicana para los sistemas penales no ha sido revisada. Este trabajo

pretende impulsar una revisión y actualización de esta teoría, a través del abordaje del problema de la dominación que introducen los mecanismos de control popular sobre la discrecionalidad policial.

4. Los métodos

A continuación, haré algunas consideraciones sobre el método del equilibrio reflexivo, empleado para el desarrollo del trabajo. Además, presentaré algunas consideraciones de la aplicación de los ideales regulativos al derecho. Estas dos aristas son importantes porque, como afirmé, este trabajo es una instancia de revisión de la teoría republicana de la legitimidad, a partir del desafío que presenta el problema de la dominación introducida por los mecanismos de control, ejercicio guiado por el equilibrio reflexivo. Pero, además, este trabajo es una instancia de aplicación del ideal regulativo de legitimidad a las instituciones jurídicas que forman parte de los sistemas penales. Para tener una visión más amplia de la metodología empleada para el desarrollo de esta investigación y, especialmente, sobre el lugar del insumo de las investigaciones empíricas, he incorporado un anexo metodológico que da cuenta de estos aspectos.

Este trabajo pretende ser de interés para la filosofía política y para el derecho. Para la filosofía política, el trabajo resulta de interés desde que plantea la necesidad de equilibrar un conjunto de intuiciones y principios políticos, vinculados a la libertad y a la discrecionalidad en la administración de la coacción estatal. Las consideraciones aquí presentadas resultarán de interés para evaluar y diseñar las instituciones. Se considerarán, por un lado, los juicios de moralidad política o intuiciones surgidas del análisis de la discrecionalidad policial en materia contravencional y, por otro lado, los principios de moralidad política emergentes de la teoría política republicana.

La metodología que utilizaré en el desarrollo del trabajo se compone de dos dimensiones, a saber: una dimensión conceptual y otra normativa. En cuanto a la dimensión conceptual, utilizaré el método de análisis conceptual, entendido como la reconstrucción racional de las nociones clave del proyecto (control, legitimidad, etc) y sus relaciones lógicas (Hospers, 1997). El análisis conceptual busca especificar un conjunto de condiciones que son individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para la aplicación de un concepto; cuando todo va bien, supone que las intuiciones coinciden perfectamente con el análisis correcto (Margolis-Laurence, 2014). El análisis conceptual es relevante para justificar la tarea de los filósofos, consistente en analizar nuestras intuiciones. Se puede decir que las intuiciones son de valor para la filosofía precisamente porque nos ayudan a aclarar nuestros conceptos, especialmente los conceptos de interés filosófico intrínseco (justicia, conocimiento, etc.). En este marco cobran relevancia los ejemplos, entre ellos los hipotéticos e imaginarios, como los ostensivos, tal como el de la normativa del Código de Convivencia, que se utiliza para el desarrollo de este trabajo.

En segundo lugar, y como complemento de lo anterior, utilizaré como método el equilibrio reflexivo (Daniels 1979, 1996; Goodman, 1955; Rawls, 1951). El origen de este método se remonta a los debates sobre la justificación de la lógica inductiva, que tuvieron lugar en el siglo XX. Sin embargo, su florecimiento como método encontró su lugar con posterioridad, en la ética y la filosofía política, a partir de su utilización por el filósofo John Rawls en *A Theory of Justice* (Rawls, 1971; Daniels, 2016). El equilibrio reflexivo puede conceptualizarse como el punto final de un proceso, en el que se reflejan y revisan nuestras creencias relativas a algún campo de estudio. Es un equilibrio, porque tiene por objetivo que, al final, coincidan nuestros principios e intuiciones; es reflexivo, dado que conocemos tanto qué principios se ajustan a nuestras intuiciones como las premisas de su derivación (Rawls,

1971, p.20). El equilibrio reflexivo amplio busca ordenar coherentemente tres conjuntos de creencias: 1) un conjunto de juicios morales considerados -o intuiciones-, 2) un conjunto de principios morales y 3) un conjunto de teorías de fondo relevantes.

El punto final de ese proceso nos proporciona un ideal regulativo, que en el razonamiento práctico cumple la función de guiar nuestras acciones y el diseño de nuestras instituciones jurídicas y políticas. Un ideal regulativo define un estado de cosas considerado bueno o valioso, trascendental, perfecto y abstracto, que se contrapone a la realidad (Martí, 2004). Los ideales regulativos son de cumplimiento gradual, y la imposibilidad de su consecución en un momento determinado no los invalida. La gradualidad de los ideales regulativos se explica por la existencia de obstáculos institucionales, fácticos o culturales, que impiden que sean alcanzados de modo inmediato. Por el contrario, si un ideal regulativo ya ha sido alcanzado, pierde fuerza práctica, y solo podría servir para conservar el estado de cosas actual. De acuerdo con Martí, los ideales regulativos poseen tres elementos. En primer lugar, el estado de cosas definido como valioso por un ideal debe ser lógicamente posible; sin embargo, no es necesario que ese estado de cosas resulte empíricamente posible. Así, Martí sostiene que, aun cuando un ideal regulativo, como el provisto por el republicanismo, pueda resultar inalcanzable, existen razones por las que resulta racional adoptarlo³. Un ideal regulativo como el del Estado republicano, y el sistema de control en que –como veremos

³ Hay al menos cuatro razones por las que puede ser racional adoptar un ideal inalcanzable: 1) porque de este modo se pueden producir efectos indirectos positivos, como por ejemplo satisfacer otros objetivos o ideales sí alcanzables; 2) porque, en ocasiones, adoptar un objetivo inalcanzable nos puede conducir a un mejor resultado final que adoptar un ideal más modesto, como cuando un violinista se fija como objetivo “alcanzar la perfección” en la ejecución de una obra en un concierto; 3) porque la propia persecución de un ideal normativamente valioso es valiosa en sí misma, incluso aunque nunca alcancemos dicho ideal; o 4) simplemente, como sostenía Kant, porque la única “guía de nuestras acciones” es la del ideal de perfección, ese ideal que nos permite comprender y evaluar el mundo incompleto e imperfecto (Martí, 2004, versión preliminar).

en el Capítulo II– se apoya su teoría de la legitimidad, impone un deber genérico de tender hacia a él. Pero este deber no resulta condicionado por su imposibilidad empírica, a consecuencia de la aplicación de la cláusula kantiana “*debe implica puede*” (Martí, 2004, versión preliminar). Del hecho de no poseer la naturaleza de prescripciones, es decir, no imponer obligaciones, permisiones o prohibiciones, no se sigue que los ideales regulativos no posean fuerza práctica. Por el contrario, los ideales regulativos poseen fuerza práctica y engendran la obligación de ajustarse a ellos “en la medida de lo posible”. Por lo que, en segundo lugar, los ideales regulativos instituyen una gradación de mundos posibles, construida en función de la cercanía entre estos y el estado de cosas definido por el ideal.

Adicionalmente, de un ideal regulativo pueden extraerse principios intermedios que generan obligaciones concretas. Estos principios intermedios cumplen la función de obligar a elegir los cursos de acción que nos llevan a los mundos posibles y accesibles que más se aproximan al estado de cosas definido por el ideal regulativo (Martí, 2004). Los principios intermedios poseen la naturaleza de las prescripciones e imponen obligaciones, permisos o prohibiciones. Son estos principios intermedios los que pueden incidir de manera concreta en el derecho y en el diseño de instituciones jurídicas.

CAPÍTULO I
LA TEORÍA POLÍTICA REPUBLICANA

El objetivo de este capítulo es presentar las razones por las que la teoría política republicana debería ser adoptada como ideal regulativo para evaluar y diseñar nuestras instituciones jurídicas y prácticas institucionales. Para hacer esto es necesario señalar por qué la teoría política republicana merece nuestra atención. El principal atractivo teórico y práctico de esta radica en su concepción de libertad como no-dominación, la cual posee dos características relevantes. En primer lugar, se trata de una concepción que forma parte de una tradición política destacada, y cuyo protagonismo se potencia en determinados hechos históricos que implicaron un avance en la protección de las libertades básicas frente a la tiranía monárquica y, luego, frente a la tiranía de las mayorías. En segundo lugar, se trata de una concepción de la libertad que puede explicar de modo coherente nuestras intuiciones sobre qué significa ser libre. En este capítulo me ocuparé de describir en detalle estos aspectos de la teoría republicana, que hacen de esta una teoría que vale la pena adoptar para el diseño y evaluación de nuestras instituciones.

En la primera parte del capítulo me ocuparé de hacer una descripción simplificada de la tradición republicana. En la segunda parte, me concentraré en la concepción republicana de libertad como no-dominación y sus ventajas sobre concepciones alternativas de libertad. Luego de hacer esto, presentaré la teoría republicana de Philip Pettit. Esta apoya la idea de que las instituciones estatales deben promover la libertad como no-dominación de sus ciudadanos. La teoría pettitiana ocupa en todo el trabajo el rol de marco teórico, pero además este trabajo es un ejercicio de aplicación y reajuste de aquella. Finalmente, me ocuparé de

presentar la teoría pettiana de la justicia social y de la legitimidad política. Sin embargo, el resto de los capítulos se focalizarán en la teoría republicana de la legitimidad política, cuya meta es promover la libertad como no-dominación de los ciudadanos en sus relaciones con el gobierno, sus diferentes agencias y funcionarios.

1. La tradición republicana

1.1. El origen del neo-republicanismo

Desde hace un tiempo a esta parte, el republicanismo ha resurgido, de la mano de un grupo de estudiosos sobre historia de las ideas y de las instituciones políticas. Estos estaban incómodos con las perspectivas empleadas para abordar tales campos disciplinares, en particular por la perspectiva liberal de estudio de la historia americana del siglo XVIII. Estos autores revisaron la historia americana en la etapa independentista, criticando la lectura habitual de dicho período. Hasta ese momento, la lectura predominante hacía girar los acontecimientos revolucionarios en torno al liberalismo y, en particular, en torno a la filosofía de John Locke, que se apoyaba en el valor de la libertad negativa como no-interferencia para justificar el derecho de propiedad. Los opositores a aquella visión comenzaron a mostrar que esta lectura no daba cuenta de la influencia de las ideas republicanas en la revolución. De acuerdo con esta lectura, fue el pensamiento liberal el que, de hecho, jugó un papel relativamente marginal en la revolución americana. En apoyo a esta idea, los neo-republicanos argumentaron que los revolucionarios suscribían una concepción antitiránica de la libertad, que prontamente tradujeron en reclamos a favor de la independencia y en el dictado de una constitución republicana (Ovejero, Martí, Gargarella (comps.), 2004). La influencia del republicanismo durante este proceso histórico es destacada, por ejemplo, por autores como Pocock, que afirmaba que “el republicanismo que

había influido en la revolución norteamericana se remontaba a la época del Renacimiento, a los escritos de Maquiavelo, al primer pensamiento radical inglés, ejemplificado por autores como James Harrington, y a partir de él, a una cantidad de polemistas ingleses, que directa o indirectamente, habían llegado a influir en el pensamiento de los colonos norteamericanos (Ibídem, p.18).

Aunque la revisión de las ideas más influyentes en la revolución americana da cuenta de la influencia de la tradición republicana (hipótesis que impulsó el surgimiento del neo-republicanismo), se trata de una tradición más amplia, geográfica y temporalmente. El pensamiento clásico republicano puede ser rastreado en pensadores como Homero, Sófocles, Eurípides, Tucídides, Heródoto, Plutarco, Cato, Ovidio, Juvenal, Cicerón y Séneca. Asimismo, este se manifestaba en escenarios político- institucionales tales como la república romana, las ciudades-estado renacentistas o las provincias holandesas, la guerra civil inglesa, la independencia norteamericana y, en parte, está presente también en el ideario de la revolución francesa. En este sentido, Skinner escribe sobre el republicanismo:

Este enfoque decididamente deriva de la filosofía moral romana, y especialmente de aquellos autores que reservaron su mayor admiración para la condenada república: Livio, Salustio y particularmente Cicerón. Dentro de la teoría política moderna, su línea de argumentación fue recogida por la Italia del Renacimiento y empleada para defender las tradicionales libertades de las ciudades-estado tanto contra los signori como contra los poderes de la Iglesia. De los muchos autores que abrazaron la causa del *vivere libero* en su etapa de formación, el más importante fue, sin duda, Maquiavelo en sus *Discorsi* sobre los primeros diez libros de la Historia de Roma de Livio. Una defensa similar de los “estados libres” fue emprendida con posterioridad -bajo la clara influencia de Maquiavelo- por James Harrington, John Milton y otros republicanos ingleses en el curso de la revolución constitucional del siglo diecisiete. Incluso más tarde, varios elementos de la misma perspectiva fueron condensados (...) en la oposición al absolutismo de la Francia del siglo dieciocho y, con particular nitidez, en el

análisis de la virtud republicana que Montesquieu desarrolla en *Deg Esprit des Lois* (Skinner, 1991, p.107).

La tradición republicana puede ser caracterizada a partir de la descripción de sus tres núcleos normativos (Ovejero, Martí, Gargarella (comps.), 2004, pp. 18-30). El primer núcleo normativo es el de la libertad. Respecto de este, existe un consenso acerca de que la tradición republicana suscribe una concepción más robusta de la libertad que la tradición liberal. Los republicanos consideran que la concepción liberal de libertad deja desprotegidos a los ciudadanos frente a prácticas o esquemas institucionales que pueden calificarse como tiránicos. Sin embargo, como veremos en el próximo apartado, sobre este núcleo recaen los principales desacuerdos al interior de la tradición. Mientras que algunos republicanos han favorecido una concepción positiva de la libertad como autogobierno o autocontrol, otros han suscripto una concepción negativa de libertad que exige ausencia de dominación. Sin embargo, en ambas tendencias la concepción de libertad presente en la tradición republicana aparece como una alternativa a la concepción de libertad liberal como no-interferencia (Hobbes, 1994, obra original publicada en 1651; Berlin, 1969).

El segundo núcleo normativo de la tradición republicana gira alrededor de su concepción de ciudadanía. El Estado republicano reconoce no solo derechos a los ciudadanos, sino que les asigna deberes, basados en un compromiso en relación con los intereses de la comunidad. Tales deberes y derechos son “las capacidades que nos posibilitan servir al bien común de manera autónoma, de modo tal que la libertad de nuestra comunidad va atada a nuestra propia libertad individual a través de un camino hacia la grandeza personal” (Skinner, 1997, p.24). Este es un tipo de civilidad que requiere que los ciudadanos tomen posesión de patrimonios que trascienden el propio, y que están compuestos por experiencias, identidades, creencias e intenciones diversas; es decir, requiere que los

ciudadanos se identifiquen con otros (Pettit, 1997, p.257 y ss). Sobre este punto también existe desacuerdo al interior del republicanismo. Para los humanistas cívicos, la virtud cívica es constitutiva de la libertad. Por el contrario, para el republicanismo cívico la civilidad es una condición para el éxito del ideal regulativo republicano, pero no es constitutiva de la libertad (Pettit, 1997, Cap. 8). De acuerdo con esta última concepción, las normas de civilidad son necesarias solo como un medio para promover la libertad como no-dominación.

El tercer núcleo normativo del republicanismo es su defensa de una concepción de democracia fuerte (Ovejero, Martí, Gargarella (comps.), 2004, p.28). Mientras que para la visión humanista de la tradición republicana la democracia tiene un valor intrínseco, para el republicanismo cívico tiene ella un valor meramente instrumental. En este último caso, la democracia es solo es un medio para la promoción del valor de la libertad como no-dominación. Con independencia de si la democracia tiene un valor instrumental o intrínseco, existen desacuerdos al interior del debate republicano sobre qué cuenta como democracia. Por un lado, encontramos una concepción de democracia asociada con un índice de autoría y, por otro lado, la concepción de Pettit, asociada con un índice de contestabilidad. Estos desacuerdos al interior de la teoría republicana se originan en dos interpretaciones o lecturas de la tradición republicana que describiré a continuación.

1.2. Dos republicanismos

La tradición republicana ha sido interpretada de dos modos diferentes, dando lugar a desarrollos filosóficos diferentes, a saber: el humanismo cívico y el republicanismo cívico. La interpretación de la tradición republicana identificada como humanismo cívico, resalta el valor de la participación política y el compromiso cívico. Para ello, el humanismo cívico se

apoya en la tradición de la *polis* griega y en el pensamiento de filósofos como Aristóteles. Esta interpretación de la tradición republicana abona una filosofía política republicana que tiene por objetivo promover un ideal de la vida buena. Aquí el ideal de vida buena se vincula con la participación y la virtud cívicas. Las figuras principales asociadas con este enfoque incluyen a Arendt (1958; 1963; 1968), Wood (1969), Pocock (1975), Worden (1994), Rahe (1992) y Honohan (2002) (Lovett, 2017). Contemporáneamente, la interpretación de la tradición republicana provista por el humanismo cívico está presente en los trabajos de autores como Michael Sandel (1996) y Roberto Gargarella (2001-2016). De acuerdo con el primero:

El liberal comienza preguntándose de qué modo el gobierno debería tratar a sus ciudadanos, y procura obtener principios de justicia capaces de tratar a las personas de modo equitativo en su persecución de intereses y fines distintos. Este tipo de republicanismo comienza preguntándose de qué modo es que los ciudadanos pueden alcanzar su autogobierno y, en función de tal objetivo, procura obtener las formas políticas y las condiciones sociales que promuevan su ejercicio significativo (Sandel, 1996, p.27).

Siguiendo esta interpretación de la tradición republicana, Gargarella afirma que el republicanismo se apoya en la participación de las mayorías, dado que su preocupación gira en torno a las minorías opresoras (2001, p.30). Por lo que, de acuerdo con Gargarella, el republicanismo tiende a concebir la libertad como un valor que se obtiene como consecuencia del autogobierno de la comunidad, en lugar del valor negativo que se obtiene cuando determinadas opciones son protegidas frente a las mayorías (Ídem). En trabajos posteriores Gargarella ha confirmado su adscripción a esta interpretación, afirmando que “el republicanismo toma como ideal regulativo el autogobierno de la comunidad” (Gargarella, 2016, p.32).

La diferencia entre ambas interpretaciones radica principalmente en el significado que le asignan a la libertad política en la tradición republicana. Como vimos en el párrafo anterior, para el humanismo cívico, la libertad política debe entenderse como autodeterminación a través de la participación política. En este marco, la participación política activa y la virtud cívica cumplen el rol de valores intrínsecos. Sin embargo, en los debates contemporáneos el humanismo cívico quedó marginado frente a la segunda interpretación de la tradición republicana, a saber: el republicanismo cívico. Esta interpretación fue impulsada principalmente en el trabajo de Skinner (1978; 1984; 1991). Así, los republicanos cívicos defendieron que un estudio detallado de la tradición política republicana lleva a concluir que los republicanos clásicos suscribían una concepción negativa de libertad. De acuerdo con esta, la independencia política se alcanza en ausencia de dominación o sujeción a una voluntad ajena.

Otra distinción al interior de la tradición republicana es señalada por Pettit, cuando distingue entre la tradición continental y la tradición ítalo-atlántica (Pettit, 2012, p.11; Pettit, 2012b). La tradición continental se encuentra representada en el enfoque comunitario de Jean Jacques Rousseau. Este enfoque es relevante desde que autores como Hannah Arendt (1958; 1973) y Michael Sandel (1996) lo toman en cuenta para criticar al liberalismo. Además, se trata de una versión del republicanismo que es rechazada en la obra de Jürgen Habermas (1994; 1995). Finalmente, se trata del enfoque al que se refieren los críticos liberales del republicanismo (Pettit, 2012, p.11). Aunque el pensamiento de Rousseau se apoyó en el valor de la libertad como independencia del poder, este autor rechazó la constitución mixta y el modelo de ciudadanía contestataria. Estos últimos constituyen los elementos distintivos que identifican la versión ítalo-atlántica del republicanismo, en la que se inscribe la teoría republicana de Philip Pettit.

Este trabajo, desde que se descansa en la teoría republicana de Philip Pettit, adopta la interpretación de la tradición republicana provista por el republicanismo cívico. Por lo tanto, suscribe a la versión ítalo-atlántica del republicanismo, que favorece la constitución mixta y el ideal de ciudadanía contestataria. De acuerdo con este recorte, la libertad consiste en la ausencia de dominación antes que en el autogobierno. Esta concepción de libertad ocupa, en la teoría republicana de Pettit, el lugar de ideal, distinto al de la libertad negativa liberal y al de la libertad positiva como autogobierno. Esta concepción de la libertad republicana tiene la ventaja de ser una libertad negativa, al igual que la concepción liberal de libertad, pero se trata de una libertad más robusta, que incorpora el control como un elemento de su definición, al igual que los humanistas cívicos.

Que el ideal republicano apoye una concepción de libertad negativa antes que positiva es importante porque hace de la libertad un ideal alcanzable y evita algunos problemas. Los problemas asociados con versiones positivas de la libertad se vinculan a la dominación de las mayorías y las dificultades para justificar mecanismos de control o contestación individual contramayoritarios. Adicionalmente, que la concepción republicana de libertad sea más robusta que la liberal posibilita que el ideal dé cuenta de situaciones en las que, pese a la ausencia de interferencia o amenaza de interferencia, la libertad se encuentra comprometida. A continuación, presentaré con mayor detalle la concepción republicana de libertad como no-dominación.

2. La libertad republicana

2.1. El argumento de Philip Pettit

La teoría republicana de Philip Pettit (1997; 2012) reconoce en la libertad como no-dominación un valor político supremo, y le asigna al Estado la función de promoverlo. Esta concepción de libertad como no-dominación se presenta como una alternativa a dos concepciones dominantes de libertad, a saber: la concepción liberal de libertad como no-interferencia y la concepción de libertad como autogobierno. Aunque se postula como una alternativa a tales concepciones, incorpora elementos de ambas, como veremos en el próximo punto. Pero antes de avanzar sobre la definición de libertad como no-dominación, vale la pena mostrar el escenario teórico en el que surge.

Hasta el surgimiento del neo-republicanismo, la filosofía había estado fuertemente influenciada por una bipartición de la libertad, que reducía las diferentes concepciones de libertad a dos alternativas: la libertad negativa como no-interferencia y la libertad positiva como autodominio. Esta bipartición aparece en los trabajos de Benjamin Constant (1819) y de Isaiah Berlin (1969). En el caso del primer autor, la bipartición aparece en la distinción entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos. La libertad de los antiguos, es decir, la libertad positiva, consistía en ejercer colectiva y directamente la soberanía política. Por esta razón, todas las acciones privadas estaban sometidas a una severa vigilancia, y nada se abandonaba a un ámbito de independencia individual (Constant, 1819, p.85). Al contrario, para los modernos, el individuo es independiente en la vida privada, y aún en los Estados más libres, es soberano solo en apariencia. Su soberanía política está restringida, casi siempre suspendida; y si en momentos determinados, pero escasos, ejerce esta soberanía, lo hace rodeado de precauciones y trabas, por lo que siempre termina por renunciar a ella (Ídem).

Esta distinción se replica en el trabajo de Isaiah Berlin. En su ensayo *Dos conceptos de libertad*, de 1958, Berlin presenta esta bipartición como la distinción entre libertad negativa y libertad positiva. De acuerdo con este autor, en tiempos premodernos se hablaba de libertad en sentido positivo, como participación democrática o autodomínio personal, concepción que reaparece con la contrailustración (Arendt, 1973; MacIntyre, 1987). Por el contrario, los modernos, comenzando por Hobbes, defendieron una concepción de libertad negativa como no-interferencia, optando por el ideal de una esfera privada de libertad. Philip Pettit ha sido uno de quienes ha criticado la clasificación introducida por Isaiah Berlin. Según Pettit, la bipartición berliniana excluye una tercera concepción de libertad, según la cual la libertad consiste en la ausencia de dominación. En lo que sigue, presentaré los dos argumentos desarrollados en el trabajo de Pettit a favor de esta tercera concepción de libertad. Ambos argumentos adoptan la forma de críticas a la concepción negativa de libertad liberal.

El primer argumento apunta a identificar la dominación como un mal que intuitivamente compromete la libertad, pero que es diferente del mal de la interferencia. Pettit observa que sufrir una interferencia y estar dominado no son estados de cosas equivalentes. A favor de su argumento, presenta un ejemplo: si uno piensa en la situación de un esclavo que depende de un amo benevolente que nunca interfiere con él, puede describirse el mal que sufre como un mal diferente de la interferencia, pero como un mal que compromete su libertad. Nadie podría afirmar plausiblemente que, si el amo no interfiere en las opciones de su esclavo, y la interferencia es altamente improbable, entonces el esclavo es libre del mismo modo que quien no está sometido a este tipo de vínculo. Si esto es correcto, entonces es posible pensar en una clase de libertad que, a semejanza de la defendida por Hobbes y Berlin, sea negativa, pero que, a diferencia de esta, no se refiera a la

interferencia sino a la dominación (Pettit, 1997, pp.22-24). En segundo lugar, Pettit recurre a un argumento similar al utilizado por Berlin para criticar la concepción de libertad de Hobbes. El argumento presupone que, si una concepción de la libertad es compatible con un modo inaceptable de hacerse libre, es una concepción implausible de libertad (Pettit, 2012, pp.28-33). De acuerdo con la concepción de libertad como no frustración de Hobbes, una persona es libre en la medida en que la elección de su opción preferida no es obstaculizada. Así, Hobbes argumenta que “un hombre libre es aquel que en aquellas cosas que por su fuerza e ingenio puede hacer no se ve obstaculizado a hacer lo que él tiene voluntad de hacer” (Hobbes, 1994, obra original publicada en 1651, pp.21-22). Berlin considera que esta definición de la libertad habilita a que alguien pueda hacerse libre, renunciando o educando sus preferencias a favor de la opción no obstaculizada. En consecuencia, Berlin argumenta que la compatibilidad de la concepción hobbesiana con este modo de hacerse libre, hace de la primera un modo implausible de concebir la libertad.

Recurriendo a un argumento similar, Pettit considera que la concepción de libertad como no-interferencia de Berlin es compatible con un modo de hacerse libre también implausible. Así, sostiene que un modo de evitar la interferencia en una de nuestras opciones puede consistir en congraciarse o anticiparse estratégicamente a quien tiene poder de interferir (Pettit, 2012, pp.30-33). Tales estrategias son emprendidas por aquellos que, como el esclavo del ejemplo, se encuentran sometidos a la voluntad de otro. Apelando a tales estrategias, solo logramos evitar la interferencia debido a la gracia de quien tiene poder de interferir, tal como el esclavo se libera de la interferencia de su amo complaciéndolo. En consecuencia, la concepción berliniana de libertad como no- interferencia es compatible con un modo de hacerse libre inadmisibles, a saber: el congraciamiento con los poderosos y la anticipación estratégica. De allí, Pettit concluye que la concepción de libertad como no-

interferencia berliliana no puede dar cuenta de lo que significa ser libre. Por el contrario, sostiene Pettit, la concepción de libertad como no-dominación puede explicar por qué quien se ve en la necesidad de evitar la interferencia a través de estos métodos, no es libre. A continuación, precisaré la concepción republicana de libertad como no-dominación.

2.2. La concepción republicana de libertad como no-dominación

La libertad como no-dominación es una clase de libertad política que se compromete con la independencia frente al poder dominador. Por esa razón, se presenta como una alternativa a los males que sus concepciones rivales pueden engendrar. Así, la libertad como no-interferencia es compatible con relaciones de dominación entre conciudadanos, o entre el Estado y sus ciudadanos, similar a la relación que une al amo con sus esclavos. Por su parte, la libertad positiva como autogobierno o participación política es compatible con la tiranía de las mayorías. En este último caso, las minorías quedan en una posición similar a la del esclavo.

Entre los trabajos de autores que suscriben a la concepción republicana de libertad como ausencia de dominación (Skinner, 1998, 2008; Viroli, 2002; Maynor, 2003; Laborde, 2008, 2010; Costa, 2009, 2013; Lovett, 2001, 2010a), se destaca el trabajo que Pettit ha realizado para desarrollar filosóficamente esta concepción. De acuerdo con la concepción republicana de libertad como no-dominación propuesta, un individuo es libre si se encuentra protegido frente a la dominación de otros. El mero hecho de que alguien pueda interferir a un bajo costo en sus opciones significa que su capacidad de elegir como desea depende de ese agente o agencia, aunque tenga buena voluntad y esté dispuesto a no interferir (Pettit, 2012, p.7).

La distinción entre libertad como no-interferencia y libertad como no-dominación se vuelve patente cuando se advierte que es posible la dominación sin interferencia, como en el caso del esclavo y el amo benevolente que, aunque tiene poder sobre su esclavo, no hace uso de él; y, a la inversa, es posible la interferencia sin dominación, como sucede en el caso de aquella interferencia estatal legítima. Por ejemplo, la interferencia producida por el derecho es no dominadora cuando está controlada por los intereses y las opiniones de los afectados, y es requerida para servir a esos intereses (Pettit, 1997, p.56), o cuando el poder de interferencia estatal se encuentra sometido a control popular (Pettit, 2012).

La sujeción a un poder de interferencia incontrolado compromete la libertad como no-dominación del agente, desde que es practicado de acuerdo con el *arbitrium* ajeno. Al mismo tiempo, la interferencia que tiene lugar en su ejercicio es incontrolada porque se ejerce a discreción del interferente y no se encuentra bajo el control del afectado por la interferencia (Skinner, 2008, en Pettit, 2012, p.58). La evolución de esta concepción republicana sobre qué mal compromete la libertad, llevó a Pettit a afirmar que:

Domination is defined by reference to interference but is distinct from it. Someone, A, will be dominated in a certain choice by another agent or agency, B, to the extent that B has a power of interfering in the choice that is not itself controlled by A. When I say that B has a power of interference I mean that B has the unvitiated and uninvasion capacity to interfere or not to interfere. And when I say that that power of interfering is not controlled by A, I mean that it is not exercised on terms imposed by A: it is not exercised in a direction or according to a pattern that A has the influence to determine (Pettit, 2012, p.50)⁴.

⁴ La dominación se define por referencia a la interferencia, pero es distinta de ella. Alguien, A, estará dominado en una determinada opción por otro agente o agencia, B, en la medida en que B tiene un poder de interferir en la opción que no está bajo el control de A. Cuando digo que B tiene un poder de interferencia, quiero decir que B tiene la capacidad no viciada y no invadida de interferir o no interferir. Y cuando digo que ese poder de interferir no está controlado por A, quiero decir que no se ejerce en los términos impuestos por A: no se ejerce en una dirección o según un patrón sobre el que A tiene influencia para determinar (Pettit, 2012, p.50). (Traducción propia).

Sobre la base de este concepto de dominación, el republicanismo se diferencia del pensamiento de aquellos autores comprometidos con la visión liberal de la libertad, quienes tienden a ser demasiado hostiles frente a la acción gubernamental (Pettit, 1997; 2009). Por el contrario, para el republicanismo la acción gubernamental no compromete por sí misma la libertad, sino solo en aquellos casos en que resulta dominadora o, lo que es lo mismo, ilegítima. En qué condiciones una acción gubernamental cuenta como dominadora, ha sido objeto de debate al interior de la teoría política republicana, y un tópico que ha ido evolucionando en el mismo trabajo de Philip Pettit. En el próximo capítulo me ocuparé de presentar las diferentes concepciones sobre qué cuenta como dominación estatal. El resto del trabajo se circunscribe a este aspecto de la libertad republicana, a saber, las condiciones de su compatibilidad con el poder de interferencia estatal. Pero antes de abordar este debate, corresponde especificar la concepción de libertad propuesta por Pettit.

En la tradición republicana, la libertad se define como un estatus antes que como una función de las elecciones de las personas. Partiendo de esta tradición política, Pettit afirma que podemos representar el estatus libre de las personas como una función de su libertad, sobre una gama de opciones garantizadas sobre la base de normas y leyes comunes (Pettit, 2012, p.26). Para completar esta definición, en primer lugar, corresponde determinar qué debe ser obstaculizado para que la libertad como no-dominación resulte comprometida. Pettit, del mismo modo que Berlin, considera que la libertad como no-dominación se ve menguada frente a la presencia de un obstáculo, en cualquiera de las opciones que componen una elección, tanto la opción preferida como la no preferida. De este modo se aparta de la concepción hobbesiana que considera que la libertad se ve comprometida solo cuando la opción preferida es obstaculizada. Isaiah Berlin ya había señalado que “enseñar a un hombre que, si no puede obtener lo que quiere, debe aprender a querer solo lo que puede obtener,

puede contribuir a su felicidad o su seguridad, pero no aumentará su libertad civil o política" (Berlín, 1969, p.39). A pesar de que los obstáculos a cualquiera de las opciones comprometen la libertad, Pettit reconoce que la obstaculización de una opción preferida es peor que la de una opción no preferida.

Para que pueda ser afirmado que usted es libre de elegir entre un conjunto de opciones, es necesario que tenga acceso objetivo y cognitivo a los recursos necesarios para ejecutar cada opción. En consecuencia, los factores que reducen la libertad de elección normalmente comprometen los recursos objetivos y cognitivos de diferentes modos. Por lo que, en segundo lugar, será necesario determinar qué tipo de obstáculos conllevan una reducción de la libertad (Pettit, 2012, pp.28-69). Estos obstáculos afectan los recursos objetivos y cognitivos requeridos para realizar una elección entre una gama de opciones. Los recursos necesarios para el ejercicio de una opción son variados, y pueden calificarse en personales, naturales y sociales (Pettit, 2012, p.36).

Pettit identifica dos tipos obstáculos que reducen la libertad como no-dominación en relación con un conjunto de opciones. Por un lado, los factores invasivos y, por otro lado, los factores invalidantes (Pettit, 2012, p.35). En su trabajo de 1997, Pettit clasificaba estos obstáculos como los obstáculos que, respectivamente, comprometen y condicionan la libertad (Pettit, 1997, Cap.II). Los obstáculos invalidantes no comprometen por sí mismos la libertad como no-dominación. En este sentido:

On the one side, there will be hindrances that affect the use of your resources for any purpose and so, in particular, for the purpose of satisfying your will. On the other there will be hindrances that affect the use of your resources for the specific purpose of satisfying

your will, and not in a generic way (Pettit, 2012, p.38)⁵.

En el primer caso, estamos frente a obstáculos de tipo invalidantes, los cuales no conllevan la imposición de una voluntad ajena, aunque limitan el ejercicio de las opciones, a consecuencia del modo en que se comportan los demás. Así, por ejemplo, si todos los consumidores pasan a preferir leer el diario en versión digital, y esto lo priva a usted de comprar el diario impreso, que se deja de producir, ello no supondrá la imposición de la voluntad del resto de los consumidores o del diario. Algo característico de estos factores es que su presencia está asociada a un tipo de reacción emocional como la frustración (Pettit, 2012, p.43). Aunque los factores invalidantes no implican la imposición de una voluntad ajena, en algunos casos pueden dar lugar a un tipo de invasión indirecta. Esto último ocurre en el caso, por ejemplo, de que un agente se convierta en proveedor regular de los recursos que garantizan la no invalidación de una opción, y usted dependa de ese agente para seguir teniendo acceso a tal opción. A diferencia de los factores invalidantes, los factores invasivos o que comprometen la libertad conllevan la imposición de una voluntad ajena. Debido a esto, los obstáculos invasivos son más graves que los invalidantes, y dan lugar a un tipo de reacción distintiva, como el resentimiento o la indignación (Ídem). La presencia de un obstáculo invasivo le permite a usted elegir solo dentro de los límites o bajo las condiciones que la voluntad ajena impone. La obstaculización invasiva puede llevarse adelante tanto por razones no instrumentales como por razones instrumentales. Del mismo modo, la invasión del dominio puede ser intencional o *quasi* intencional (Ibídem, p.49). En este último caso, el dominio resulta socavado por quien, negligentemente, mengua el control que usted tiene sobre sus opciones, favoreciendo la invasión intencional de otros agentes o agencias. Pero,

⁵ Por un lado, habrá impedimentos que afecten el uso de sus recursos para cualquier propósito y, en particular, para el propósito de satisfacer su voluntad. Por otro lado, habrá impedimentos que afecten el uso de sus recursos para el propósito específico de satisfacer su voluntad, y no de manera genérica. (Traducción propia).

en todos los casos, la invasión requiere que el invasor tenga él mismo la opción de interferir o no interferir en su conjunto de opciones, cambiándoles el perfil.

La invasión es suficiente para la dominación y es algo diferente de la interferencia. Sin embargo, de acuerdo con la visión republicana estándar, la libertad como no-dominación se define haciendo referencia a la interferencia. Sin embargo, como se ocupa de aclarar Pettit, la interferencia no es una condición ni suficiente ni necesaria para la dominación. Tal como mencioné más arriba, para que la interferencia cuente como dominadora deberá ser fruto del ejercicio de un poder que no se encuentra bajo el control del agente interferido. Cuando la interferencia es ejercida bajo el control o en los términos del agente interferido, esta no conlleva dominación. En este sentido, Pettit afirma que:

The lesson [...] is that the interference that I or any others practice in a choice of yours will not impose an alien will, and not therefore invade your freedom of choice, to the extent that my discretion in exercising interference is subject to your control: it is shaped by your influence so as to assume a form that appeals to you; it materializes on terms that you dictate. (Pettit, 2012, p.57)⁶.

Sin embargo, dado que la interferencia aparece como un elemento de la definición de dominación, es necesario preguntarse qué cuenta como interferencia. Pettit define interferencia en sentido genérico, cuando afirma que, por tal se entiende al acto por el cual un agente o agencia intervienen en la elección de otro, con el fin de restringir esa elección - o al menos con el efecto negligente de restringir la elección- (Miller, 1984) (Pettit, 2012, p.49). Se considera interferencia a la restricción intencional de la elección, o, como en el caso de la negligencia, su restricción *quasi* intencional, de modo que alguien interfiere en

⁶ La lección [...] es que la interferencia que yo o cualquier otro practicamos en su elección, no impondrá una voluntad ajena, y por lo tanto, no invadirá su libertad de elección, en la medida en que mi discreción al ejercer la interferencia esté sujeta a su control: esté moldeada por su influencia, de manera que adopte una forma que le gusta; se materializa en los términos que usted dicta. (Traducción propia).

una elección solo si ellos mismos tienen la opción entre interferir y no interferir (Ídem).

La interferencia puede imponer la voluntad de un agente o agencia, cambiando el conjunto de alternativas que están disponibles objetiva o cognitivamente. En cuanto al aspecto objetivo de las opciones, la interferencia es susceptible de imponer la voluntad del agente sobre la víctima, bien 1) eliminando una de las opciones que estaban disponibles antes, o bien, 2) sustituyéndolas. La eliminación supone que una opción que estaba disponible con anterioridad deja de estarlo. Mientras que la sustitución de una opción puede tener lugar a través de la imposición de un costo asociado a la opción -como sería el caso de la adhesión de una pena- o bien mediante la imposición de un estímulo -como sería el caso de una recompensa-. En este último caso, Pettit considera que la recompensa solo conlleva invasión si el afectado no tiene la opción de rehusarla (Pettit, 2012, pp.53-54). Por el contrario, cuando la posibilidad de rehusar la recompensa se encuentra disponible, lo que ha hecho el agente es agregar una nueva opción a las que ya estaban disponibles.

También cuenta como interferencia el cambio del perfil cognitivo de las opciones que se encuentran objetivamente disponibles. Así, la falta de recursos cognitivos afecta la utilización de los recursos objetivos, es decir, el acceso a las opciones disponibles. El engaño y la manipulación son dos medios a través de los cuales se pueden afectar los recursos cognitivos. El engaño puede recaer sobre cuáles son las opciones disponibles o sobre cuáles son las consecuencias asociadas a la elección de cada una de las opciones. En consecuencia, el error provocado, intencional o negligentemente, sobre cuáles son las opciones disponibles o cuáles son las consecuencias asociadas a tales opciones cuenta como un supuesto de interferencia (Pettit, 2012, pp.54-55); lo mismo ocurre con la manipulación que afecta el entendimiento de las opciones disponibles. Para Pettit:

Manipulation denies you the possibility of making a choice on the basis of a proper

understanding of the options on offer. It applies pressures that affect your exercise of the capacity to think straight about the considerations for and against different choices and so about the nature of the options on offer. Manipulation may involve hypnotizing you, mesmerizing you with the prospect of extraordinary rewards, making you feel guilty about not doing what I wish, snowing you with so much information that you are putty in my hands, or exposing you, if I am capable of it, to the undermining power of my rhetoric. (Pettit, 2012, p.55)⁷.

Hasta aquí, he explicado cómo la interferencia incontrolada tiene la capacidad de invadir la libertad de un sujeto, a través de la imposición de una voluntad ajena sobre sus opciones. Pero no solo la interferencia incontrolada tiene capacidad de invadir la libertad. El poder de interferencia incontrolado, aún en ausencia de tal interferencia, también tiene capacidad para invadir la libertad y dominar al titular de las opciones. Lo distintivo es que la ausencia de interferencia en estos casos se debe a la voluntad de quien detenta un poder incontrolado. Este tiene acceso a las opciones de interferir o no interferir en las opciones del agente dominado. La ausencia de interferencia, en este caso, puede deberse al favor del dominador, porque usted ha ganado su gracia, su indulgencia, o se anticipa estratégicamente a sus deseos, pero de ningún modo la ausencia de interferencia significa que usted es libre en estos casos.

Existen dos maneras de dominar a un agente en ausencia de interferencia: la vigilancia y la intimidación. En el caso de la vigilancia, el titular del poder dominador está en posición de interferir si cambia de opinión o quiere hacerlo (Pettit, 2012, p.60). La

⁷ La manipulación le niega la posibilidad de hacer una elección sobre la base de una comprensión adecuada de las opciones que se ofrecen. Aplica presiones que afectan su ejercicio de la capacidad de pensar directamente sobre las consideraciones a favor y en contra de diferentes opciones y, por lo tanto, sobre la naturaleza de las opciones que se ofrecen. La manipulación puede implicar hipnotizarlo, seduciéndolo con la perspectiva de recompensas extraordinarias, haciendo que se sienta culpable por no hacer lo que deseo, aturdiéndolo con tanta información que usted es masilla en mis manos, o exponiéndolo, si soy capaz de ello, al poder socavador de mi retórica. (Traducción propia).

vigilancia cambia el perfil objetivo de las opciones y así, por ejemplo, las opciones X e Y se convierten en X-si me place e Y-si me place (Ídem). Pero las opciones también cambiarán su perfil cognitivo cuando usted llegue a saber, y se vuelva parte del conocimiento común, que tales opciones se encuentran bajo el poder vigilante del dominador. Así, se introduce la intimidación, que tiene lugar cuando el agente dominador le hace saber al dominado que sus opciones dependen de su voluntad. De este modo, la preferencia presuntiva del dominador guía la elección del agente dominado sin que sea necesario que interfiera para ello (Ibídem, pp.63-64). Sin embargo, la intimidación también puede tener lugar en ausencia de vigilancia. Esto ocurre cuando solo se altera el perfil cognitivo de las opciones, a través de la apariencia de que se está ejerciendo vigilancia sobre las opciones.

He descrito supuestos en que el poder de interferencia incontrolado de un agente o agencia de manera intencional o *quasi* intencional lo somete a su voluntad, de modo que usted se encuentra dominado. Otra forma en que la libertad como no-dominación puede resultar comprometida es a través de dominación estructural. La dominación estructural se evidencia cuando un agente o agencia tiene los recursos objetivos y cognitivos para interferir, vigilar o intimidar de manera incontrolada a otro agente y, sin embargo, no tiene la intención de detentar tal poder. En este caso, el agente o agencia dominadora tiene un poder de interferencia fundado en una base que no lo habilita a renunciar a él (Pettit, 2012, p.63; Hayward, 2011). Tal sería el caso del poder que detenta el marido sobre su esposa, a pesar de su resistencia al ejercicio y posesión de tal poder. La dominación estructural es importante para el caso que nos ocupa en este trabajo, dado que la situación del esposo parece ser el caso de algunos agentes de la policía, quienes no tienen intención de invadir la libertad como no-dominación de los ciudadanos. En este caso, la policía tiene un poder fundado en una base que no lo habilita a renunciar a él o reducirlo. No puede renunciar a este poder porque

las leyes lo colocan en ese lugar. No puede reducirlo porque, aunque no interfiera aplicando la normativa contravencional, conserva un poder de hacerlo que, como defenderé más adelante, no se encuentra bajo el control de los ciudadanos.

Hasta aquí hemos hablado de los modos en que la libertad como no-dominación puede resultar comprometida. Sin embargo, aún no hemos dicho nada sobre aquellos obstáculos que, en lugar de invadir la libertad, la invalidan. Los obstáculos invalidantes le privan al agente de los recursos necesarios para ejecutar una opción. Como regla, los obstáculos invalidantes no conllevan la imposición de una voluntad ajena. Estos factores limitan el conjunto de opciones de las que se podría disfrutar en ausencia de invasión (Pettit, 2012, p.44). Sin embargo, los obstáculos invalidantes, en algunos casos, dejan a las personas en una situación de vulnerabilidad que hace más probable la invasión. Como se observa, los factores invalidantes también son importantes, porque permiten dar cuenta de los peligros sistémicos para la libertad, ya que su presencia da lugar, en algunos casos, a la dominación estructural (Ídem). Hasta acá he descrito cómo la libertad como no- dominación puede ser comprometida. A continuación, me ocuparé de identificar qué requiere la protección de la libertad como no-dominación.

2.3. La protección de la libertad como no-dominación

De acuerdo con la tradición republicana, la libertad podría entenderse mejor como una especie de relación estructural que existe entre personas o grupos, más que como un suceso contingente (Lovett, 2017). Por lo que, la libertad como no-dominación es una libertad de la que puede gozarse solo en presencia de otros. En este contexto, son las instituciones las que constituyen a los ciudadanos como agentes libres. De acuerdo con esta

afirmación, puede decirse, por un lado, que la libertad como no-dominación resulta un tipo de libertad institucional y, por otro lado, que las instituciones son constitutivas de la libertad, antes que su causa. De estos dos aspectos de la libertad como no-dominación me ocuparé a continuación.

¿Hasta dónde debe llegar la protección institucional para que determinada opción cuente como no dominada? A este respecto, existen cuatro posibles estrategias, a saber: la del realismo, la del posibilismo, la del probabilismo, y la propia posición de Pettit, que él denomina probabilismo limitado (*bounded probabilism*) (Pettit, 2008). De acuerdo con el realismo, la estrategia adoptada para promover la libertad debe consistir en disminuir el nivel de interferencia real. Esta estrategia será exitosa con independencia de los niveles existentes de posibilidad o probabilidad de interferencia. Por su parte, el posibilismo mide el éxito de la estrategia adoptada para promover la libertad en función del nivel de ausencia de posibles interferencias, y con independencia de cuán probables hayan sido las interferencias eliminadas; incluso, se ocupa de eliminar la posibilidad de interferencias que son remotamente probables. Según el enfoque probabilista, el éxito de una estrategia para proteger la libertad estará dado por la reducción de la probabilidad de interferencia. Este es el enfoque adoptado por Goodin y Jackson (2007). Para el enfoque de Pettit, el control que B ejerce sobre la elección de A reduce la libertad de A, intuitivamente, porque es una forma no controlada de poder que afecta la posición de A con respecto a las opciones originales X e Y (Pettit, 2008, pp.213-214). Esto es así con independencia del grado de probabilidad de que B interfiera si A elige X o Y. Así, el poder dominador de B aumenta la probabilidad de que A elija conforme al gusto de B y, por lo tanto, reduce la probabilidad de que B interfiera con A. El probabilismo no se ocuparía de este caso para hacer avanzar la causa de la libertad en tanto que es poco probable que B interfiera con A. Sin embargo, es claro que A se

encuentra sometida, y su libertad comprometida, de un modo que requiere que cualquier estrategia adoptada para promover la libertad tome su caso en consideración. La presencia vigilante de B significa que las opciones X e Y han sido reemplazadas por X-si me place e Y-si me place. Sea lo que sea que A haga, incluso cuando B permanezca completamente positivo y amable, lo hará con la licencia de B, lo hará *cum permissu*, en la vieja frase republicana (Pettit, 2008, p.215). Para el republicanismo de Philip Pettit, la accesibilidad de la interferencia será la señal de dependencia, independientemente de la probabilidad de interferencia (Pettit, 2012, p.60).

El medio para eliminar la accesibilidad del agente dominador a sus opciones es un orden institucional y legal republicano. Pero, a diferencia de otros enfoques, la existencia de instituciones no garantiza la libertad como no-dominación a través de un proceso causal contingente (Pettit, 2012, p.124). Por el contrario, las instituciones cumplen la función de constituir -antes que de causar- la libertad. Para ilustrar la diferencia entre estos dos modos de protección de la libertad, Pettit apela a una analogía con la inmunidad y su relación con los anticuerpos (Ídem). Con independencia de cuáles sean los anticuerpos que deben reaccionar ante una amenaza, son estos los que constituyen nuestra inmunidad. Pero los anticuerpos no causan la inmunidad, sino que la constituyen.

Además, por tratarse de un bien robusto, la libertad como no-dominación requiere que las instituciones garanticen un patrón de no-interferencia en un conjunto de mundos posibles. Estos mundos posibles están caracterizados por variaciones en lo que las personas o agencias prefieren hacer como en lo que otros prefieren que usted haga. En consecuencia, debe tenerse en cuenta que las instituciones solo constituirán la libertad como no-dominación allí donde protejan sus opciones frente al poder de interferencia ajeno, en un conjunto de mundos posibles donde algunas circunstancias contingentes cambian. Sobre este punto

volveré en el Capítulo VII, cuando analice las implicancias del carácter robusto de la libertad como no-dominación para el ideal regulativo republicano y para la determinación de los principios intermedios adecuados para alcanzarlo.

3. La teoría política republicana de Philip Pettit

Pettit considera que la tradición republicana no solo aportó un concepto original y plausible de libertad, sino que le asignó a la libertad como no-dominación el lugar de valor político supremo (Pettit, 1997, p.113). Haciéndose eco de esta idea, la teoría política republicana se ocupa de definir el estado de cosas que el ideal de la libertad como no-dominación exige, y la forma que el Estado debe adoptar para alcanzar tal meta. De ahí que la teoría republicana se ocupa de cuál es el mejor modo de garantizar la libertad como no-dominación de los ciudadanos, en sus relaciones con otros ciudadanos y en sus relaciones con el Estado. En este apartado describiré algunas características del modelo de Estado republicano que Philip Pettit propone.

Pettit es un monista de la libertad como no-dominación. Los monistas, por oposición a los pluralistas del valor, adoptan un único valor supremo. Es en función de este único valor que todos los demás valores deben ser ordenados. Este debe guiar el diseño de las instituciones públicas que regulan el orden social y el modo en que el gobierno se comporta en relación con sus ciudadanos. En la teoría integral de la justicia penal que presentó junto con Braithwaite (Braithwaite y Pettit, 1990), Pettit ya defendía un monismo de la libertad como no-dominación. Adicionalmente, la libertad como no-dominación posee el estatus de bien primario, en los términos de Rawls (1971), es decir, algo deseable por razones instrumentales; deséese, por lo demás, lo que se quiera (Pettit, 1997, p.125). Se trata de un

bien que los individuos no pueden perseguir sirviéndose de medios privados descentralizados, y que se presume que el Estado puede promover bastante eficientemente (Pettit, 1997, p.127).

Pettit sostiene en su teoría republicana que la libertad como no-dominación es un ideal político que las instituciones deben promover, y no una restricción que las instituciones deban respetar cuando persiguen sus objetivos. Suscribe, por ende, a una versión consecuencialista del republicanismo (Pettit, 1997, p.136). Pero se trata de un consecuencialismo particular. En primer lugar, la implementación de un esquema institucional justo y legítimo, antes que causar la libertad, la constituye. De modo que no existe una relación causal o temporal entre la implementación de las instituciones adecuadas y la libertad como no-dominación. Las instituciones republicanas constituyen sin más el estatus no dominado de los ciudadanos. Aunque las instituciones republicanas tienen el efecto causal de disminuir la interferencia dominadora, la relación entre las instituciones y la libertad como no-dominación no tiene carácter causal. Una vez que las instituciones distribuyen el poder y la protección frente a la dominación, los ciudadanos ya son constitutivamente libres en el sentido republicano. Aunque son necesarias algunas interacciones causales para que ese estatus se vuelva de conocimiento común y disuada a los agresores, la libertad como no-dominación se constituye de modo simultáneo a las instituciones republicanas (Pettit, 1997, p.146).

Una segunda característica del consecuencialismo de Pettit está determinada por el carácter robusto del bien de la libertad como no-dominación (Pettit, 2015). De acuerdo con una versión estándar del consecuencialismo, descrita por el mismo Pettit (Pettit, 1995, en Singer, 1995), una acción es correcta si consiste en el ejercicio de aquella opción que promete la mayor cantidad de aquello que se considera valioso, en este caso, la libertad como

no-dominación. El valor de cada opción está dado por el valor de su pronóstico, rebajado por la probabilidad de que acaezca. Sin embargo, Pettit defiende que para obtener determinados bienes como la libertad es necesario que el pronóstico que se tiene en cuenta para valorar cada opción se mantenga invariable en un conjunto de mundos posibles. De acuerdo con esta idea, la robustez de ciertos bienes “requires that this good should not depend on [...] certain contingent features [...] it should be fit to survive over possibilities, however improbable, in which they [i.e. the features] vary” (Pettit, 2015, p.12)⁸. En consecuencia, la robustez cambia el modo en que valoramos los posibles pronósticos. Volveré sobre este punto al describir las particularidades del ideal regulativo republicano en el Capítulo VII.

El modelo de Estado republicano exige tanto la promoción de la intensidad de la no-dominación como su alcance. La promoción de la intensidad se lleva a cabo mediante la erradicación de los factores que comprometen o invaden esa libertad, por ejemplo, la interferencia, o la vigilancia e intimidación. La promoción de la intensidad de la no-dominación exige que las instituciones republicanas se encarguen de disminuir la interferencia dominadora, tanto estatal como privada, pero también la dominación sin interferencia en ambas áreas. En cambio, la promoción del alcance de la no-dominación se logra mediante la expansión del ámbito de las opciones no dominadas, erradicando los factores que condicionan o invalidan la libertad como no-dominación, por ejemplo, los obstáculos vinculados a arbitrariedades naturales (Pettit, 1997, p.117; 2012). Aunque el modelo republicano busca que la libertad como no-dominación sea promovida tanto en su intensidad como en su alcance, existe una prioridad de la promoción de la intensidad por sobre la promoción del alcance. Dicho con otros términos, la teoría de Pettit demanda que el

⁸ La robustez requiere que este bien no dependa de ciertas características contingentes, debería ser apto para sobrevivir a las posibilidades, aunque improbables, en las que ellas [es decir, las características] varían. (Traducción propia).

Estado se ocupe, en primer lugar, de los obstáculos invasivos y, en segundo lugar, de los obstáculos invalidantes. Esta prioridad se explica desde que la presencia de obstáculos invasivos conlleva necesariamente dominación, mientras que la eliminación de obstáculos invalidantes es valiosa porque crea nuevas opciones no dominadas o reduce la posibilidad de casos de dominación indirecta, pero no opera reduciendo la dominación existente. El Estado republicano tendrá entonces como principal objetivo incrementar la intensidad de la no-dominación, fortaleciendo las barreras institucionales contra los obstáculos invasivos, sin que tales barreras se vuelvan una fuente de dominación. Aumentando la intensidad con la que los ciudadanos disfrutan de la no-dominación se reduce la dominación real. Luego de ello, el Estado puede tratar de ampliar el alcance de las opciones no dominadas, eliminando los factores que condicionan la libertad como no-dominación.

En comparación con las instituciones que promueven la libertad como no-interferencia, las instituciones republicanas proveen tres beneficios adicionales. En primer lugar, exigen altos grados de certidumbre. Mientras que es posible lograr la máxima no interferencia en un ordenamiento jurídico que genere altos grados de incertidumbre, no es posible lograr la máxima no-dominación con altos grados de incertidumbre (Pettit, 1997, p.119). En segundo lugar, promover la libertad como no- dominación reduce la necesidad de deferencia o anticipación estratégica, mientras que promover la libertad como no-interferencia puede exigir que los ciudadanos tengan que renunciar a sus opciones para evitar la interferencia. En tercer lugar, el disfrute de la libertad como no-dominación tiende a convertirse en asunto de conocimiento común, y genera beneficios subjetivos e intersubjetivos colaterales que no tienen lugar en el modelo de gobierno que se apoya en la concepción liberal de libertad (Pettit, 1997, p.122). La no-dominación conlleva la posibilidad de que uno se vea a sí mismo, y los demás nos vean, como no vulnerables.

De lo anterior se sigue que las instituciones republicanas tienen éxito cuando vuelven inaccesible la opción de interferir de modo dominador en las opciones de otro, erigiendo barreras institucionales, y no cuando solo logran disminuir la probabilidad de la interferencia. La baja probabilidad de interferencia es compatible con la vulnerabilidad a la interferencia arbitraria, lo que promueve la subordinación y la incertidumbre (Pettit, 2008).

3.1 La forma del Estado republicano

Ahora toca identificar qué forma debería adoptar un Estado republicano para promover la libertad como no-dominación sin convertirse él mismo en una fuente de dominación. No es suficiente con que el Estado no interfiera de modo dominador, o que existan escasas probabilidades de que lo haga. Los ciudadanos solo son libres si el Estado carece de poder dominador. Adicionalmente, al momento de diseñar el Estado republicano, debe considerarse que la dominación estatal vertical (o ilegitimidad política), siempre será más grave que la dominación privada, horizontal (o injusticia social). Así, como se describirá en el próximo apartado, Pettit defiende una preeminencia de la legitimidad sobre la justicia social, desde que considera que la falta de legitimidad siempre conlleva costos adicionales para la justicia social (Pettit, 2012, pp.24-25). En consecuencia, cuando las instituciones públicas son ilegítimas y nos dejan desprotegidos frente a la dominación estatal, la protección de nuestras opciones frente a la dominación privada pasa a depender de la buena voluntad del gobierno. En consecuencia, también quedamos desprotegidos en este frente. De ahí la prioridad de la no-dominación estatal sobre la no-dominación privada.

Las condiciones para la legitimidad política o ausencia de dominación vertical o estatal han sido presentadas de diferente modo en las obras centrales de Pettit. En este

apartado me referiré a un primer estadio del desarrollo de su teoría, que se corresponde con su trabajo *Republicanism: una teoría de la libertad y el gobierno*, de 1997. En el apartado siguiente presentaré una versión más sofisticada de su teoría de la legitimidad y sus vínculos con su teoría de la justicia social, desarrollada en su libro *On the people's terms*, de 2012.

En 1997, Pettit sostenía que para evitar que el Estado republicano se vuelva dominador debían verificarse dos condiciones: en primer lugar, la existencia de restricciones constitucionales y, en segundo lugar, que la toma de decisiones estatales sea democráticamente controlada. Así, el republicanismo se realiza cuando hay modos legalmente establecidos de restringir la voluntad de los poderosos (Pettit, 1997, p.228). Para cumplir con la primera condición, los instrumentos empleados por el Estado republicano deberían ser, en lo posible, no manipulables. Habrá tres requisitos genéricos que un sistema no manipulable tendrá que satisfacer (Pettit, 1997, p.227). En primer lugar, debe gobernar la ley y no las personas. La condición del imperio de la ley exige que las leyes sean universales, y que el gobierno siempre privilegie actuar con base legal, en lugar de actuar de una manera más particularista (Pettit, 1997, pp.228-229). En segundo lugar, exige un especial modo en que debe operar la ley. Ese modo consiste en la dispersión del poder a través de la no concentración de funciones en manos de una única persona o grupo (Pettit, 1997, p.233). Finalmente, se exige una condición contramayoritaria para el modo de cambiar las leyes. La condición contramayoritaria insiste en que, al menos en lo atinente a las leyes básicas más importantes, no debería resultar fácil cambiarlas (Pettit, 1997, p.237), por ello, se requiere más que el mero apoyo de las mayorías. En este sentido, suscribe la tesis que sostiene que el hecho de contar con el apoyo mayoritario no es un criterio para distinguir la bondad de una ley. Una ley es buena si promueve la no-dominación global, es decir, si reduce la dominación privada, sin introducir dominación estatal. La segunda condición para evitar que el Estado

republicano se vuelva dominador exige que la toma de decisión estatal esté bajo control democrático. Es necesario que el poder discrecional que ejerce el Estado no sea practicado de un modo que comprometa la libertad como no-dominación. Por ejemplo, los legisladores tienen discrecionalidad sobre el contenido de las leyes, al mismo tiempo que los jueces y administradores tienen discrecionalidad sobre la interpretación y aplicación de las leyes. Para evitar que el Estado y sus agentes utilicen esa discrecionalidad de modo dominador, es decir, que funden sus decisiones en sus intereses personales o banderizos, es necesario garantizar que la toma de decisión pública atienda a los intereses y las interpretaciones de los ciudadanos por ella afectados (Pettit, 1997, pp.240- 241) o se encuentre sometida a control popular (Pettit, 2012, Cap. 3). Sobre este punto volveré en el Capítulo V.

3.2. Democracia y ciudadanía contestataria

Uno de los elementos más característicos en la teoría republicana es su adscripción al modelo de democracia contestataria. De acuerdo con este, todo está al alcance de la contestabilidad democrática, incluso los límites constitucionales y las pautas contestatarias. En estos casos prevalece el proceso democrático (Pettit, 1997, p.261). Sin embargo, esta primacía no deriva en una concepción populista de la democracia. Esta derivación es evitada desde que las mayorías no ejercen una autoridad suprema en una democracia contestataria.

Lo que sugiere la imagen contestataria es que el proceso democrático está diseñado para que se realicen y se impongan por sí mismas las exigencias de la razón; no es un proceso que reserve lugar particular alguno para la voluntad (Pettit, 1997, p.262). Conforme a la visión de la democracia contestataria, la soberanía popular no reside en la autorización electoral, sino en el derecho de resistencia (Pasquino, 1996, en Pettit, 1997, p.263). La toma

de decisión tiene que proceder de tal modo que podamos identificarnos con ella y hacerla nuestra: que podamos ver en ella promovidos nuestros intereses y respetadas nuestras interpretaciones (Pettit, 1997, p.241). En consecuencia, la no-dominación requiere contestabilidad. Esto no elimina la posibilidad de consentimiento; de hecho, las decisiones públicas pueden tomarse en base a un sentido débil de consentimiento, siempre y cuando se garanticen condiciones de contestabilidad efectiva. Lo que importa no es el origen histórico de las decisiones, sino que respondan modal o contrafácticamente a la posibilidad de contestación o impugnación (Pettit, 1997, p.242).

Conforme a un modelo democrático contestatario, un gobierno será democrático en la medida en que represente una forma de poder controlado por el pueblo. Este requiere que el pueblo, individual y colectivamente, disfrute de la permanente posibilidad de disputar las decisiones del gobierno (Shapiro, 1990, p.266). Esta concepción ha sido desarrollada por Pettit y Smith (1990). Conforme a ella, el índice de autonomía individual no es histórico, sino modal o contrafáctico. Esto quiere decir que la gente es autónoma en virtud de lo que puede llegar a ser, no en virtud de lo que ha sido (Pettit, 1997, p.243). Esta explicación se traslada al autogobierno en la comunidad. Lo que hace que los ciudadanos se autogobiernen, aun cuando pongan el piloto automático, es que no estén sometidos a pautas de tomas de decisiones rutinarias, dado que tienen la capacidad de disputarlas o contestarlas, y pueden alterarlas. De este modo, quienes toman decisiones públicas tienen que responder ante quienes resulten afectados por aquellas.

Según Pettit, para que la toma de decisión sea disputable deben satisfacerse tres pautas. En primer lugar, es necesaria una base para la disputa, consistente en el modo en que debe tener lugar la toma de decisión. En este punto prima la deliberación sobre la negociación, mientras que en la toma de decisión basada en la negociación las preferencias

están dadas, en la toma de decisión basada en el debate las preferencias se forman (Pettit, 1997, p.245; Sunstein, 1993, 1993a). La base de disputa en el caso de la negociación solo se habilita cuando la decisión pública no se corresponde con el trato cerrado por los grupos relevantes de intereses o exige una concesión que algún grupo de interés, tal vez un grupo no representado en la toma de decisiones no está dispuesto a hacer (Pettit, 1997, p.243). La base para la disputa en la deliberación es que la decisión pública se funda en consideraciones inadecuadas, o que no responde bien a todas las consideraciones relevantes (Ídem). A diferencia de las disputas negociadoras, las disputas surgidas del debate son accesibles, incluso para quienes no tienen suficiente poder negociador. La disputabilidad democrática exige procedimientos para identificar las consideraciones relevantes para la decisión, tales como las audiencias públicas. Por otro lado, la disputabilidad democrática supone la existencia de procedimientos destinados a que los ciudadanos juzguen el impacto de las consideraciones relevantes en el resultado final. Las decisiones deben adoptarse bajo amenaza de escrutinio. Dentro de la tradición republicana, esta concepción se condice con la concepción según la cual los representantes legislativos no están sometidos a las instrucciones de sus electores, sino que están encargados de deliberar en función de las consideraciones relevantes de los ciudadanos (Cfr. Pettit, 1997).

El segundo requisito de la democracia contestataria es la existencia de un canal por el que pueda transcurrir la disputa o contestación. Tal canal cumple la función de darle voz a la disputa. Este requisito vuelve a la democracia republicana incluyente, además de deliberativa. Lo que se requiere aquí es que, para cualquier clase de agravio que la toma de decisiones públicas pueda ocasionar a los intereses o interpretaciones de alguien, existan medios a través de los cuales se pueda responder en defensa de esos intereses y esas interpretaciones. En la toma de decisión legislativa, los potenciales afectados por la decisión

en cuestión deben estar en posición de que sus opiniones estén en el foco de atención de los legisladores. Para que esas voces tengan crédito tienen que venir del sector representado, y no ser simple eco de la simpatía despertada por el sector (Pettit, 1994a); y así, idealmente, el grupo logrará ser representado, no por la gracia de los portavoces parlamentarios, sino directamente por la presencia de algunos de los miembros del sector potencialmente afectado (Philips, 1995; Pettit 1997, p.249).

Finalmente, la democracia contestataria exige un foro adecuado, en el que puedan escucharse las disputas. En este foro se evaluará la validez de las quejas y se adoptarán las respuestas a aquellas. En consecuencia, la democracia contestataria no solo debe ser deliberativa e incluyente, sino además sensible. La sensibilidad es una exigencia que puede predicarse de los procedimientos o de los resultados. En cuanto a los procedimientos, la democracia debe dar audiencia a alianzas y compromisos mudadizos; tiene que estar abierta a transformaciones profundas y de largo alcance (Pettit 1997, p.255). Pero deberían existir también otros procedimientos, menos heroicos y rutinarios, capaces de hacer audibles las quejas y disputas (Ídem). Esos procedimientos formales funcionan de manera paralela a los procedimientos informales de protesta popular.

En cuanto a los tipos de resultados en la democracia con disputa, las réplicas y las respuestas del Estado frente a la queja no siempre serán satisfactorias, es decir, no siempre se adecuarán a lo demandado en la queja. Existen dos razones por las que una queja podría quedar insatisfecha. La primera, cuando el interés común exige la frustración del interés particular de un individuo o grupo. En estos casos, la decisión final adversa no implicará dominación estatal si se ha seguido un procedimiento adecuado, de acuerdo con las interpretaciones del disputante, y si se apoya en un interés que el disputante comparte con el resto de la comunidad. Pero la queja puede quedar insatisfecha por otra razón: cuando existen

desacuerdos sobre la definición del interés común. Algunos estudios empíricos citados por Pettit consideran que, en estos casos, los ciudadanos no se sentirán dominados si existe una percepción óptima de la legitimidad de las autoridades, dada por la equidad procedimental (Lind y Tyler, 1988). Aquí, Pettit utiliza el concepto de legitimidad en el sentido de legitimidad descriptiva, es decir, aquella referida a las creencias de las personas acerca del modo en que se ejerce la autoridad política.

En la democracia contestataria hallamos un contraste con el pluralismo de los grupos de interés, que saca a la razón fuera del primer plano. Para esta clase de pluralismo, las preferencias de los individuos quedarán satisfechas si estos se limitan a procurar sus propios intereses. La idea de los grupos de interés es que tenemos que diseñar un marco de elección, nombramiento y toma de decisiones que garantice que, si las gentes se comportan como buenos consumidores egoístas, y los funcionarios, como buenos proveedores sensibles a los gustos de los consumidores, se obtendrá como resultado el más elevado nivel posible de satisfacción de las preferencias (Pettit, 1997, p.264). En este esquema, los individuos quedan expuestos al poder arbitrario de las mayorías, dado que los funcionarios harán lo que estas demanden para permanecer en sus cargos, en lugar de promover la libertad como no-dominación.

Hasta aquí he presentado los requerimientos de la teoría republicana de Pettit, en su versión de 1997. Por tratarse de un autor evolucionista, su enfoque sobre la libertad como no-dominación ha ido progresando hasta su definición actual. La evolución de la concepción de libertad como no-dominación ha impactado en su teoría política. En el próximo apartado describiré su enfoque actual y las implicancias de este para las dos dimensiones de su teoría política, a saber: la de la legitimidad y la de la justicia social.

4. Las dos dimensiones de la teoría republicana

El ideal regulativo republicano propuesto por Philip Pettit en su teoría política comprende dos dimensiones de las instituciones domésticas, a saber: la justicia social y la legitimidad política⁹. Ambas se ocupan de las condiciones institucionales que garantizan, respectivamente, la ausencia de dominación entre ciudadanos (o dominación horizontal), y entre el Estado y sus ciudadanos (o dominación vertical).

El ideal regulativo republicano, en cada una de sus dimensiones, posee un carácter igualitario. Así, en el ámbito de la justicia social, el ideal requiere la implementación o promoción de un orden social en que cada ciudadano goce de igual libertad como no-dominación. Más precisamente, el ideal republicano de justicia social demanda el aseguramiento igualitario de las libertades básicas. Del mismo modo, el ideal de legitimidad republicano se presenta como un ideal igualitario. Este establece el mandato de que, en la imposición del orden social referido en el párrafo anterior, el Estado debe tratar a sus ciudadanos como iguales. El carácter igualitario del modo en que el Estado se comporta en relación con sus ciudadanos exige la igual protección de todos frente a la potencial dominación estatal.

Adicionalmente, Pettit propone un test para cada una de las dimensiones de su teoría. Estos cumplen la función de determinar el umbral de justicia social y legitimidad que los ideales demandan. Para determinar el umbral que la justicia social republicana demanda, propone el test de la mirada (Pettit, 2012, p. 84). Para el ámbito de legitimidad propone el test de la mala suerte (Pettit, 2012, p. 139).

⁹ En *The Republican Law of Peoples: A Restatement*, Pettit se ocupa de desarrollar una propuesta republicana para el ámbito de las relaciones e instituciones no domésticas (Pettit, 2015).

Finalmente, la teoría republicana de Philip Pettit establece la prioridad del ideal de la legitimidad por sobre el ideal de la justicia social (Pettit, 2012, pp. 24-25; pp.130-131). Tal prioridad se basa en el hecho de que cuando el poder estatal resulta ilegítimo, por estar fuera del control de los ciudadanos, los ciudadanos no solo quedan sometidos a la dominación estatal, sino que quedan desprotegidos en el frente de la justicia social, es decir, frente a sus conciudadanos o agencias privadas. Esta prioridad normativa de la legitimidad sobre la justicia social no niega la prioridad lógica de un mínimo de justicia social que posibilite que los ciudadanos cuenten con la capacidad requerida para controlar el poder estatal (Pettit, 2015). A continuación, trataré de describir cada uno de los ideales, resaltando los beneficios de cada uno sobre sus principales alternativas.

4.1. Justicia social

La justicia social comprende la cuestión sobre el tipo de orden social que debe imponer el Estado para considerar las demandas y pretensiones de los ciudadanos. El diseño de tal orden social se apoya en la igual consideración de todos los ciudadanos. El ideal de justicia social republicana propuesto por Pettit posee dos características centrales. En primer lugar, tiene por objetivo promover la libertad como no-dominación de los ciudadanos, garantizándoles un conjunto de libertades básicas. Por lo tanto, la moneda que distribuye el modelo pettitiano de justicia social, es la libertad como no-dominación (Pettit, 2012, pp.79-80). En segundo lugar, es un ideal igualitario, que demanda que cada ciudadano goce de igual libertad como no-dominación. Para el diseño de un orden social justo, basado en el objetivo, el republicanismo adopta como barómetro el ideal de ciudadano libre, que aparece como un elemento fuerte en la tradición política republicana. Para alcanzar este objetivo, el ideal demanda la igual protección de las libertades básicas (Pettit, 2012, cap.2).

El ideal de justicia de Pettit se diferencia del ideal de justicia rawlsiano en tres aspectos. Mientras las libertades básicas rawlsianas, protegidas por el primer principio, comprenden solo un conjunto de libertades políticas y civiles (Rawls 1993, p.291), el ideal republicano protegerá como libertades básicas algunas opciones que quedarían excluidas del conjunto de aquellas. Por otro lado, mientras que la protección rawlsiana de las libertades supone la protección contra la interferencia, la protección republicana es más robusta y, por lo tanto, puede demandar la redistribución de recursos en nombre de la libertad. El ideal de justicia social defendido por Pettit requiere que a cada ciudadano se le provea igual protección y recursos para el goce de una gama de opciones, identificables como libertades básicas (Pettit, 2008b). De aquí que la teoría de la justicia social de Pettit no necesite recurrir a un segundo principio de justicia para garantizar el acceso a las opciones atrincheradas como libertades básicas (Pettit, 2012, p.107-109). Finalmente, el mal frente al que se atrincheran las libertades rawlsianas es la interferencia, mientras que el mal frente al que se atrincheran las libertades republicanas es la dominación, que incluye otros modos de afección, como la vigilancia y la intimidación.

Las libertades básicas configuran la estructura en la que se apoya la justicia social republicana. Sobre el elemento del ideal, la propuesta de Pettit se diferencia de dos tendencias dominantes. Por un lado, se diferencia de aquellas propuestas teóricas que postulan un listado de libertades básicas, sin especificar cuál es el criterio que determina que una opción deba ser protegida como una libertad básica. Por otro lado, se diferencia de aquellos desarrollos teóricos que apelan a una concepción moralizada de la libertad para identificar qué cuenta como una libertad básica (Pettit, 2008b; 2012, p.94). En esta propuesta, para que una opción sea atrincherada como una libertad básica, debe pasar dos filtros. En primer lugar, debe tratarse de opciones coejercitables y, en segundo lugar, deben

ser opciones cosatisfactibles. De acuerdo al primer criterio: “any choice that deserves to be safeguarded should be the sort of choice that all the citizens of a society [...] can exercise, and exercise at more or less the same time” (Pettit, 2012, p.94)¹⁰. De acuerdo con el segundo criterio: “they should be sufficient to satisfy each consistently with satisfying all” (Pettit, 2012, p.98)¹¹. Este filtro excluye tres tipos de opciones, a saber: las contraproducentes, las opciones de sobreempoderamiento y las opciones perjudiciales (Pettit, 2012, p.99). Pero no todas las opciones que pasen ambos filtros contarán como libertades básicas, no necesitan ser atrincheradas todas para el propósito republicano. Así, Pettit considera que: “it turns out that it will be enough to entrench only the more distal and general choices. Let the state entrench them and it will automatically entrench all the other choices too” (Pettit, 2012, p.102)¹².

Además de definir el espectro de opciones protegidas bajo un orden social justo, el republicanismo de Pettit establece que solo es posible garantizarlas a través de leyes y normas públicas, y sin comprometer el patrimonio de civilidad con que ya cuenta el Estado (Pettit, 1997, p.251). Pettit considera que hay tres áreas de gestación de políticas públicas por las que debería encausarse los esfuerzos institucionales para la protección de las libertades básicas. En primer lugar, la infraestructura institucional y material; en segundo lugar, el seguro público y, en tercer lugar, el aislamiento público frente a la dominación de terceros, en el frente de las relaciones especiales y en el frente general (Pettit, 2012, p.110).

En esta última área se ubican los sistemas penales, cuya función es proteger a los

¹⁰ Cualquier opción que merezca salvaguardarse debería ser el tipo de opción que todos los ciudadanos de una sociedad [...] pueden ejercer, y ejercer más o menos al mismo tiempo. (Traducción propia).

¹¹ Deberían ser suficientes para satisfacer a cada uno consistentemente con la satisfacción de todos. (Traducción propia).

¹² Resulta que será suficiente para afianzar solo las opciones más distales y generales. Deje que el Estado los atrinchiere, y automáticamente afianzará todas las demás opciones también. (Traducción propia).

ciudadanos de la dominación proveniente del delito. Esta aclaración es relevante, pues este trabajo aborda las implicancias de la teoría política republicana para los sistemas penales. En este sentido, la teoría provee un criterio sobre qué actos deben ser criminalizados y en qué medida. La penalización de determinadas opciones es un medio para la protección de las libertades básicas. Leyes como la que se toma de ejemplo en este trabajo, a saber: el CCPC, se erigen como barreras institucionales contra la dominación privada, que cuenta como delito o falta. Sin embargo, como mencioné en la introducción, este trabajo se ocupa de la legitimidad de los sistemas penales y no (por lo menos no directamente)¹³, de sus méritos y dificultades para garantizar un orden social justo.

El grado de protección requerido será determinado por el test de la mirada. Conforme a este, los ciudadanos son libres de dominación frente a sus conciudadanos cuando pueden mirarlos a los ojos sin temor ni deferencia. Si los ciudadanos pueden mirarse conforme a lo requiere el test, ello significará que, en términos objetivos y subjetivos, gozan de la misma libertad que los demás (Pettit, 2012, p.84). Este test ha sido objeto de referencias y de críticas. El objetivo de esta filosofía política es asegurar que "todos puedan mirar a los demás a los ojos", sin temor ni deferencia, y con una conciencia compartida de igual estatus (Martí y Pettit, 2015, p.17). La idea base del test se apoya en el ideal de fraternidad de la revolución francesa (Ibídem, p.41). Las referencias a la intuición provocada por el test son múltiples, así, por ejemplo, un primer ministro se refiere a este cuando argumenta: "look into the eyes of homosexuals, and tell them they are second-class citizens" (Ibídem, p.79).

Algunas de las críticas al test empleado para la fijación del umbral de protección

¹³ Aunque este trabajo no se ocupa directamente de la relación de los sistemas penales con el ideal de justicia social republicano, lo hace indirectamente. Esto es así toda vez que, al ocuparse de la legitimidad de los sistemas penales, y de acuerdo con la relación de prioridad defendida por Pettit, este trabajo se ocupa indirectamente de la función de aquellos en la promoción y sostenimiento de un orden social justo.

apuntan a que, aunque el test es psicológicamente neutral, es decir, no sensible a condicionamientos individuales de la personalidad, es culturalmente sensible. Algunos autores afirman que esto podría dejar a la concepción de libertad como no-dominación vulnerable a las mismas críticas que la libertad como no frustración de Hobbes y la libertad como no-interferencia de Berlin, desde que supondría reconocer una forma espuria de ganar libertad, a saber: cambiar de sociedad (Martí y Seleme, 2015, pp.32-33). Ello, porque el test deja que la libertad como no-dominación sea una función de factores morales irrelevantes, como las creencias y estándares culturales, tales como la timidez y la cobardía (Ibídem, p. 33). La réplica que presenta Pettit afirma que no hay un modelo transcultural de ciudadano que pase el test de la mirada, y recurre a una analogía entre su test y el test propuesto por Amartya Sen para el caso de la pobreza. De acuerdo con este test, ser pobre es carecer de los recursos necesarios para el funcionamiento en su sociedad local (Sen, 1983). Se trata de una concepción universal, pero que admite múltiples interpretaciones. Aunque el test de la mirada es universal, los resultados que arroje en cuanto a qué requiere la libertad, irán variando (Pettit, 2015, p.87); en consecuencia, a medida que se mueven de una sociedad con estándares bajos a una sociedad con estándares altos, rápidamente aprenderán que la base de la confianza en sí mismos que traen consigo es inapropiada en el nuevo contexto (Pettit, 2015, p.88); por esta razón, el esquema de libertades básicas protegidas variará de una sociedad a otra.

4.2. Legitimidad política

En cuanto al ideal de legitimidad, ámbito de la teoría en el que se desarrolla este trabajo, la teoría pettitiana se apoya en la concepción de libertad como no-dominación. La legitimidad es un ideal que demanda la compatibilidad entre la coacción estatal y la libertad

personal. Esta concepción requiere la ausencia de sumisión de los ciudadanos a las instituciones políticas, es decir, no estar sujeto al poder de interferencia incontrolado del gobierno; en consecuencia, el ideal republicano de legitimidad propuesto por Pettit exige que el poder estatal se encuentre sometido al control de sus destinatarios, es decir, los ciudadanos. De este modo, la propuesta se diferencia de las teorías de la legitimidad que se apoyan en el consentimiento real o hipotético otorgado bajo condiciones diversas al Estado para que administre la coacción de modo definitivo, o en la medida en que cumpla con sus obligaciones contractuales y exclusivas (Hobbes, 1994, obra original publicada en 1651; Locke, 2004, obra original publicada en 1754; Rousseau, 1997, obra original publicada en 1762). De una manera diferente, el ideal republicano exige que el poder de interferencia estatal esté constantemente sometido al control popular, y la disputa permanente es una de sus características. Además, se diferencia de aquellas teorías en las que la legitimidad depende de las características del orden social o de los beneficios que este provee en término de otros bienes, como la felicidad, etc. Por el contrario, la legitimidad nos obliga aceptar la autoridad del Estado, con independencia del contenido justo o injusto de las leyes.

Mientras que el carácter justo del orden social y de las leyes provee una razón *pro tanto* para obedecerlas, la legitimidad provee una razón para aceptar la autoridad de estas con independencia de su contenido. Esta obligación demanda que los ciudadanos disputen las leyes dentro del sistema (Pettit, 2012, p.140). Frente a un orden social justo pero legítimo, los ciudadanos tienen la obligación de canalizar cualquier intento de reforma por los canales institucionales. La legitimidad, en consecuencia, solo es compatible con la desobediencia civil, que supone la aceptación de la autoridad del castigo, y no con la resistencia o revolución, que va de la mano con el desconocimiento de la autoridad estatal.

La concepción republicana de control ciudadano de Philip Pettit, responde al

problema de la legitimidad argumentando a favor de una concepción de control ciudadano institucionalizado (Pettit, 2008a). Esta sostiene que, si los ciudadanos controlan la interferencia practicada por el gobierno, entonces no pueden sufrir dominación de manos de sus gobernantes, y pueden seguir disfrutando de su libertad en relación con el Estado (Pettit, 2012, p.153). El control republicano supone el ejercicio de una influencia direccionada a un resultado. Adicionalmente, el control debe ser individualizado, dando a cada ciudadano una participación igualitaria en el control del gobierno; incondicionado, esto es, robusto sobre los cambios de voluntad del gobierno controlado, y eficaz, es decir, intuitivamente suficiente para proteger a los ciudadanos frente a la dominación del gobierno (Pettit, 2012, pp.160-179).

Dado que el resto del trabajo se focaliza en la teoría de la legitimidad republicana de Pettit, no me detendré aquí a detallarla. Una razón para posponer esta cuestión radica en que los diferentes ideales de legitimidad republicana varían en función de la concepción de libertad republicana que sea adoptada. La propia concepción de Pettit ha evolucionado, y se ha transformado de un modo en el que el actual ideal de legitimidad no podría acomodarse fácilmente a su primera concepción de la libertad como no- dominación (1996, 1997). Las diferentes concepciones de la libertad como no-dominación se diferencian en cómo definen el mal de la dominación. Para algunas concepciones, la dominación consiste en la sujeción a un poder de interferencia arbitrario. Por el contrario, la última concepción de la dominación de Pettit supone la sujeción a un poder de interferencia incontrolado. En el próximo capítulo me ocuparé de presentar la evolución del debate sobre lo que significa estar dominado, este paso resulta necesario si queremos determinar cuándo el poder estatal debe ser calificado como dominador.

CAPÍTULO II
LEGITIMIDAD Y DOMINACIÓN

El objetivo de este capítulo es analizar las implicancias de la teoría republicana para las relaciones del Estado con la ciudadanía. En el abordaje de esta relación surge la pregunta sobre la compatibilidad de la coacción estatal con la libertad ciudadana, es decir, la pregunta por la legitimidad. Como adelanté en el capítulo anterior, la legitimidad es algo que se predica de la relación entre las instituciones políticas y los ciudadanos, en otras palabras, es un criterio de evaluación de la relación vertical que vincula al Estado con sus ciudadanos. Para la evaluación de este vínculo, el republicanismo adopta el valor de la libertad como no-dominación. De acuerdo con este punto de vista, la pregunta sobre la legitimidad es una pregunta sobre la compatibilidad de la libertad como no-dominación y la coacción estatal. La importancia de la pregunta de este capítulo radica en que, de la legitimidad o ilegitimidad de las instituciones políticas se derivan expectativas acerca de lo que los ciudadanos pueden hacer o no para oponerse a las instituciones que consideran injustas. Así, la legitimidad política justifica la autoridad política del Estado, la que impone correlativamente la obligación de los ciudadanos de aceptarla y de disputar las leyes injustas solo en el marco institucional.

Como señalé en el capítulo anterior, y dado que la legitimidad republicana está vinculada al valor de la libertad, los diferentes modos de conceptualizar la libertad como no-dominación determinan variaciones en las concepciones de la legitimidad republicana. Tales

variaciones están asociadas, principalmente, al modo de conceptualizar el mal de la dominación. Por ello, en este capítulo me ocuparé de presentar las principales concepciones de dominación neo-republicanas, que se dividen en dos grandes líneas. De acuerdo con una primera línea teórica, la dominación en general, y la dominación estatal en particular, se define como sujeción a un poder de interferencia arbitraria. En este caso, la presencia de dominación dependerá de cómo se defina la arbitrariedad. De acuerdo con una segunda línea teórica, la dominación en general, y la dominación estatal en particular, se define como sujeción a un poder de interferencia incontrolado. A continuación, describiré cada uno de los enfoques mencionados.

1. Legitimidad y republicanismo

La legitimidad política puede interpretarse de diversos modos. Una interpretación descriptiva de la legitimidad remite a las creencias que de hecho los ciudadanos tienen sobre la autoridad política y sus obligaciones políticas como ciudadanos. Esta es la concepción de legitimidad que defiende Max Weber cuando afirma que "la base de todo sistema de autoridad y, en consecuencia, de toda clase de disposición a obedecer es una creencia, una creencia en virtud de la cual las personas que ejercen autoridad le dan prestigio" (Weber 1964, p.382). De acuerdo con esta concepción, las fuentes de la legitimidad pueden ser tres: la tradición -cuando los ciudadanos aceptan un orden político porque han pasado allí mucho tiempo-, el carisma -cuando los ciudadanos creen en sus gobernantes- y la confianza en la legalidad y el estado de derecho (Ídem).

A diferencia de la idea anterior, una interpretación normativa de la legitimidad, la define como las condiciones que justifican moralmente la autoridad política y las

obligaciones políticas de los ciudadanos. Esta interpretación permite distinguir entre autoridades que son aceptadas pero que, sin embargo, no son legítimas, tal sería el caso de una dictadura con un alto grado de aceptabilidad social. La teoría de la legitimidad republicana emplea el concepto de legitimidad en su variante normativa, es decir, como el conjunto de condiciones que justifican moralmente la autoridad del Estado.

Otro punto de divergencia se abre cuando se analiza la relación de la legitimidad del Estado con el carácter justo o injusto de sus instituciones y leyes. Algunas posturas colapsan la legitimidad con la justicia social, de modo que solo son legítimas las instituciones justas. Para el caso, Pettit y otros autores, tanto republicanos como liberales, reconocen que la legitimidad y la justicia social demandan diferentes cosas y conllevan diferentes obligaciones. Adicionalmente, las relaciones que los filósofos políticos trazan entre la legitimidad política y la justicia social son diversas y, como adelanté, Pettit tiene una postura particular al respecto. Por un lado, considera que un mínimo de justicia social es empíricamente necesario para la legitimidad política y, por otro lado, defiende la idea de que la pérdida de legitimidad siempre tiene un costo para la justicia social, mientras que esto no ocurre en el sentido contrario. Así, un menoscabo de la justicia social casi nunca compromete la legitimidad, excepto cuando la injusticia social incapacita a los ciudadanos para controlar las instituciones políticas. De ahí que Pettit defienda, como ya se vio, una prioridad normativa de la legitimidad sobre la justicia social.

Los filósofos políticos hacen depender la legitimidad de diversos criterios normativos, algunos voluntaristas y otros no voluntaristas. Entre los voluntaristas, el consentimiento ocupa un lugar central como fuente de legitimidad. Entre los no voluntaristas se destacan la utilidad, la reciprocidad por los beneficios recibidos de los bienes públicos, el servicio prestado por la autoridad, etc. Para el republicanismo, la legitimidad de las

instituciones políticas depende de la compatibilidad de estas con la libertad como no-dominación. Desde que la libertad como no-dominación se define como ausencia de poder de interferencia dominadora, qué cuenta como poder de interferencia dominadora será central para responder a la cuestión de la legitimidad. Qué cuenta como poder de interferencia dominador ha sido un foco de crítica a la teoría republicana, que le valió la tacha de ambigüedad (Christman, 1998; Friedman, 2008; Larmore, 2004, en Lovett, 2012c). Es esta ambigüedad la que ha generado un problema a la hora de responder a la pregunta sobre lo que requiere la legitimidad republicana. Al interior del republicanismo cívico, dos han sido los caminos que han seguido los autores para conceptualizar el poder de interferencia dominador. Por un lado, algunos filósofos republicanos consideran que el poder de interferencia dominador supone un poder de interferencia arbitraria. Estos autores han dedicado sus esfuerzos a desentrañar qué cuenta como interferencia arbitraria. Algunos responden a esta pregunta recurriendo a un criterio sustancial, mientras que otros recurren a un criterio procedimental. Por otro lado, se encuentra Pettit, quien recientemente ha pasado a definir el poder de interferencia dominador como un poder de interferencia incontrolado.

Dado que la mayoría de las concepciones de legitimidad republicana, incluida la concepción anterior de Pettit, dependen del modo de conceptualizar la arbitrariedad, resulta necesario descartar dos sentidos de arbitrariedad que no son relevantes, para determinar qué cuenta como poder de interferencia dominador. El primero hace referencia a la arbitrariedad como imprevisibilidad y el segundo refiere a la arbitrariedad como discrecionalidad. Concebir la arbitrariedad en el primer sentido, es decir, como imprevisibilidad, es frecuente en el ámbito del derecho y en el debate político criminal. Esta concepción de arbitrariedad también ha sido influyente en el debate en torno al CCPC y las detenciones arbitrarias, caso al que apelaré en el resto del trabajo. Así, se argumenta que la vaguedad o ambigüedad de

las conductas prohibidas en materia contravencional hacen impredecible el accionar policial. A pesar de la influencia de esta concepción, como argumenta Lovett (2012c, p.138), esta es una manera equivocada de entender la arbitrariedad. Es una concepción implausible, dada la conclusión contraintuitiva que se seguiría de su adopción. Tal consecuencia está representada en el caso de que, con el tiempo, los agentes dominados llegan a entender y anticipar lo que el agente dominador hará. Esto ocurre, por ejemplo, cuando con el paso del tiempo un esclavo llega a ser capaz de predecir cuándo es probable que su amo abuse de él. Con el paso del tiempo las decisiones de su amo parecerán cada vez menos aleatorias y el esclavo logrará predecirlo, sin embargo, de esto no puede seguirse que el esclavo con experiencia es más libre que al comienzo (Ídem). Anticipar lo que el amo hará puede ser mejor para el esclavo, pero, del hecho de haber ganado previsibilidad no se sigue que el esclavo se encuentre sometido a un poder menos arbitrario que antes. La anticipación estratégica es, para el republicanismo, un síntoma de sometimiento a un poder dominador, en otras palabras, un síntoma de que la libertad como no-dominación del agente se encuentra comprometida. Este razonamiento puede trasladarse al caso de las detenciones por merodeo. Quienes son detenidos en el marco de la aplicación de esta ley han desarrollado con el paso del tiempo la capacidad de predecir lo que la policía hará y así evitar la interferencia arbitraria (Frontalini, 2012). Sin embargo, resulta contraintuitivo decir que ahora son más libres que al comienzo, cuando no podían predecir cómo la policía utilizaría su poder discrecional.

Entender la arbitrariedad como discrecionalidad también resulta erróneo. Un grupo minoritario puede estar dominado por una mayoría a través de un sistema legal que regula en detalle cada aspecto de tal relación. De ahí que discrecionalidad y arbitrariedad no sean conceptos coextensivos y que, en consecuencia, la discrecionalidad pueda o no ser

dominadora. Si el poder discrecional compromete o no la libertad como no-dominación dependerá de cómo conceptualicemos la dominación. Por ello, se hace necesario identificar las diferentes concepciones de dominación.

Con independencia de cuáles sean los requisitos bajo los cuales el poder discrecional es compatible con la libertad como no-dominación, asunto del que me ocuparé en el resto del trabajo, vale la pena señalar que se trata de un tipo de arreglo institucional que en algunas áreas resulta ventajoso. De ello da cuenta el hecho de que algunos autores republicanos argumentan a favor de delegar un margen de discrecionalidad en administradores y jueces, aún en aquellos supuestos en que es posible legislar detalladamente (Pettit, 1997, p.240). Las ventajas de los ámbitos de discrecionalidad hacen necesario precisar en qué condiciones resultan legítimos. En el Capítulo V presentaré un problema que introduce la respuesta de Pettit a esta pregunta, y en el Capítulo VI presentaré una solución a este problema que demanda un reajuste en la teoría.

2. El enfoque de la arbitrariedad sustancial

El poder de interferencia dominador debe entenderse como dependencia de un poder social arbitrario. Para esta concepción, un individuo o un colectivo se encuentran dominados cuando se encuentran sujetos a un poder social arbitrario. Cuando ese poder se ubica en la cabeza de las instituciones políticas, la legitimidad es afectada. El poder resulta arbitrario cuando responde al capricho de alguien y no se encuentra limitado para que no sea así. Desde esta concepción, el poder arbitrario, para dejar de ser tal, puede limitarse de dos modos: en primer lugar, respondiendo a los intereses relevantes de las partes afectadas por el ejercicio de ese poder y, en segundo lugar, adoptando determinados procedimientos. La arbitrariedad sustancial tiene lugar cuando no se verifica la primera restricción; en estos casos, el gobierno

ejerce un poder arbitrario cuando administra tal poder de un modo que no refleja los intereses relevantes de quienes se encuentran sometidos a él. El enfoque de la arbitrariedad fue defendido por Pettit en 1997. En este trabajo, Pettit afirmaba que era necesario que las restricciones al poder potencialmente dominador obliguen a este a “rastrear los intereses y las ideas” o “el bienestar y la visión del mundo” de las personas sujetas a ese poder (Pettit 1997, pp. 55-56).

El enfoque sustantivo se apoya, en parte, en una objeción al enfoque procedimental. De acuerdo con esta objeción, los límites procedimentales al poder son compatibles con la arbitrariedad. Tal sería el caso de un ordenamiento jurídico racista producto de una decisión que se ajustó a las restricciones procedimentales. En consecuencia, para quienes -como Pettit (1997)- suscriben a un enfoque sustantivo de la arbitrariedad, el enfoque procedimental no es lo suficientemente robusto para dar cuenta de lo que se considera como poder arbitrario. De lo anterior se sigue que el enfoque sustantivo evita la interferencia que, aunque se ajusta a las restricciones procedimentales, va en contra de los intereses de los afectados, adoptando una dirección inaceptable. Sin embargo, el enfoque sustantivo de la arbitrariedad también tiene limitaciones. Se trata de un enfoque indeterminado en cuanto a cuáles son los intereses de las partes que el poder debe rastrear y considerar para no devenir en arbitrario. Sobre este punto existen diferentes respuestas, que son las que componen el enfoque del interés objetivo, el enfoque bienestarista y el deliberativo.

De acuerdo con el enfoque del interés objetivo, los intereses que deben tomarse en consideración son intereses objetivos, normativamente justificables. El problema de este enfoque es que presupone una doctrina comprensiva del bien, de ahí que su mayor debilidad sea la probabilidad de conflicto con otras doctrinas razonables, que podemos encontrar en cualquier sociedad pluralista (Lovett, 2012c, p.142). Como vimos, el pluralismo es una

cuestión con la que el republicanismo debe lidiar si quiere seguir siendo una de teoría política atractiva. Este objetivo puede verse comprometido si lo que cuenta como dominación depende de un criterio normativo externo, que identifica qué intereses se encuentran justificados moralmente y cuáles no. Una concepción moralizada de la libertad como esta, privaría a la libertad como no-dominación de su valor distintivo como ideal político, como consecuencia de que, de acuerdo con el enfoque del interés objetivo, la libertad como no-dominación solo serviría para la realización de otro ideal sobre lo bueno. Ese otro ideal es el que subyace una vez que se define qué intereses se encuentran moralmente justificados y cuáles no. Sin embargo, esto resulta inaceptable para el republicanismo cívico desde que, como apunté en el capítulo anterior, por un lado, coloca a la libertad como no-dominación en el lugar de valor político supremo y, por otro lado, pretende ser un ideal compatible con el pluralismo. La implausibilidad del enfoque del interés objetivo se expresa en las palabras de Cécile Laborde, cuando al referir a la laicidad del Estado, afirma que:

According to the official republican ideal of *laïcité*, republican equality is best promoted through maintenance of the secular nature of the public sphere and non-interference by the state in religious matters. The separationist and abstentionist dimensions of *laïque* neutrality are held to protect the values of equal citizenship, religious freedom, and universalist inclusion. (Laborde, 2004, p.80)¹⁴.

Por su parte, Carter afirma que mientras Pettit sostiene que “no hay referencia a ningún valor independiente, sino solo a las expectativas que la gente tiene con respecto al Estado” (2000, p.55), esas “expectativas” pueden ser interpretadas como apoyadas ya sea en intereses

¹⁴ Según el ideal republicano oficial de la laicidad, la igualdad republicana se promueve mejor mediante el mantenimiento del carácter secular de la esfera pública y la no injerencia del Estado en asuntos religiosos. Las dimensiones separatista y abstencionista de la neutralidad laica se mantienen para proteger los valores de igualdad de ciudadanía, libertad religiosa e inclusión universalista. (Traducción propia).

personales o en valores morales. Entre estas alternativas, argumenta Carter, Pettit privilegia la interpretación en términos de valores morales (Carter, 2008, p.66)¹⁵.

A diferencia del enfoque anterior, el enfoque bienestarista no enfrenta este problema. Este considera que el poder no es arbitrario cuando refleja las preferencias o deseos que de hecho tienen las personas. De acuerdo con este enfoque, si el poder social evaluado tiene en cuenta las preferencias y deseos que de hecho las personas tienen, entonces no cuenta como arbitrario y, en consecuencia, no compromete la libertad como no-dominación. Sin embargo, este enfoque también presenta problemas (Lovett, 2012c). En primer lugar, enfrenta el problema que conlleva comparar el grado de bienestar que provee a cada persona cada modo de modelar el poder social. El segundo problema hace referencia a las preferencias adaptativas, es decir, a aquellas preferencias que de hecho la gente tiene porque se adaptó a las circunstancias impuestas por un poder social intuitivamente arbitrario. Así, la adaptación de nuestras preferencias a las preferencias mayoritarias contaría como un medio para hacerse libre, ya que el poder estatal dejaría de actuar arbitrariamente en relación con nuestros intereses. Finalmente, las personas afectadas por el poder social potencialmente dominante pueden desacordar y suscribir diferentes preferencias, incluso preferencias que se encuentran abiertamente en conflicto. Si adoptamos este enfoque, cualquiera sea la forma que adopte el poder social en cuestión, será arbitraria en relación con aquellos cuyas preferencias no prevalecieron en el conflicto.

Los problemas que presentan el enfoque del interés objetivo y el bienestarista han llevado a algunos republicanos cívicos a defender un tercer enfoque: el deliberativo. Entre los autores republicanos que adoptaron este enfoque se destacan Skinner (1991; 1998), Pettit

¹⁵ Aquí se refiere a la ambigua concepción de Pettit sobre la arbitrariedad, anterior a 2012.

(1999; 2004), Richardson (2002), Maynor (2003; 2006), Bellamy (2007) y Bohman (2008). De acuerdo con este enfoque, el poder social potencialmente dominador debe rastrear los intereses y preferencias de las personas, expresados a través de un proceso deliberativo. Así, por ejemplo, Maynor sostiene que el poder interferente está obligado a dar cuenta y rastrear los intereses de aquellos a quienes afecta y, para eso, debe echar mano a procesos e instituciones de contestación democrática (Maynor 2006, p.137). Así, rastreando los intereses de los potenciales dominados a través de procesos e instituciones contestatarias, las instituciones republicanas pueden combatir la dominación activa y la pasiva. La dominación activa refiere al caso en que los intereses particulares de un grupo se toman deliberadamente o erróneamente como valores comunes, mientras que las formas pasivas de dominación refieren a los descuidos que llevan a ignorar los intereses comunes o los intereses de grupo que encuentran dificultades para hacerse escuchar (Maynor 2006, p.128).

Un aspecto importante de la teoría republicana es que resalta la importancia de la relación entre libertad como no-dominación y democracia. Así, el republicanismo cívico remarca que la capacidad deliberativa para desafiar el poder social a través de procesos democráticos es constitutiva y no meramente instrumental de la no-dominación (Bohman 2008, pp. 207-208, en Lovett, 2012, p. 143). En este aspecto, el enfoque deliberativo corre el riesgo de colapsar la libertad como no-dominación con alguna concepción de libertad positiva, donde la libertad es conceptualizada como autogobierno, a través de un proceso deliberativo. Esta es la línea que diferencia a los republicanos cívicos del humanismo cívico. Sin embargo, no es necesario aceptar que la suscripción del enfoque deliberativo y el carácter constitutivo de la capacidad deliberativa en relación con el estatus no dominado nos compromete con un ideal regulativo que se apoya en el valor de la libertad positiva. Por esto, debe mantenerse clara la independencia entre ambos conceptos, a fin de seguir viendo en la

democracia deliberativa un medio a través del cual se promueve el estatus no-dominado de los ciudadanos.

La postura de Pettit sobre qué cuenta como poder de interferencia arbitrario, previa a *On the people's terms*, es bastante ambigua. En un primer momento, muchos intérpretes ubicaron a Pettit como suscribiendo el enfoque del interés objetivo. Esta interpretación vincula su propuesta con una concepción moralizada de libertad, que se apoya en su definición de poder arbitrario como aquel que desconoce los "intereses y las ideas" que las personas tienen "en común con los demás" (Pettit, 1997, p.55), de ahí que algunos concluían que a su teoría subyacía una concepción objetiva de lo bueno. Con posterioridad, el autor fue precisando su enfoque y comenzó a recurrir a la idea de un fondo de razones construidas sobre la práctica de un grupo que tiene por objetivo continuar existiendo como tal (Pettit, 2004). En este fondo de razones debe apoyarse la deliberación a la hora de rastrear los intereses de las partes comprometidas por el poder social potencialmente dominador. Este enfoque de la arbitrariedad permite que las decisiones apoyadas en este fondo de razones comunes puedan ser vistas como legítimas o justas por quienes desacuerdan con ellas, sin que por ello se pueda decir que comprometen la libertad como no-dominación. Algunos autores, entre ellos Lovett (2010; 2012), consideran que esta versión refinada del enfoque de Pettit sigue disfrazando un enfoque de la arbitrariedad basado en intereses objetivos. De acuerdo con esta idea, el fondo de razones, basado en consideraciones públicamente admisibles, no está constituido por las consideraciones que de hecho son relevantes para los miembros del grupo de afectados por el poder social en cuestión. En consecuencia, parece admitir la existencia e importancia de una base objetiva similar a la del primer enfoque analizado, por lo que esta propuesta de Pettit derivaría en una concepción moralizada de la libertad. Este es el precio que Pettit debe pagar para no colapsar la libertad como no-

dominación con la democracia, y mantener que la democracia deliberativa funciona como un dispositivo para rastrear el fondo de razones públicamente relevantes antes que como un ideal regulativo.

Otras falencias del enfoque de Pettit son señaladas por Lovett cuando hace referencia a aquellos grupos en los que el fondo de razones públicamente relevantes no se ha desarrollado o lo ha hecho bajo el imperio de determinadas relaciones de dominación. Quienes se encuentran sujetos a un poder social arbitrario podrían encontrarse, afirma el autor, aislados unos de otros, e imposibilitados de formar una causa común para que sus razones sean consideradas parte del fondo común. Hasta la conformación del fondo de razones comunes del grupo de interés relevante o la incorporación del grupo excluido, el poder social podría considerarse arbitrario por *default*. Sin embargo, esto pondría al ideal republicano tan lejos de su realización que afectaría su fuerza práctica (Lovett 2012c, p.146).

Una segunda crítica, señala que la propuesta de Pettit es bastante conservadora de las formas de dominación estructural. Esto se debe a que, para que las razones de un colectivo dominado sean consideradas como parte del fondo de razones públicas, deben encontrar un equilibrio con las razones del grupo dominador. Esto último también aleja el ideal republicano de Pettit de su realización empírica. Esta dificultad se deriva del hecho de que tal equilibrio puede ser imposible de alcanzar en comunidades plurales, signadas por concepciones comprensivas del bien, radicalmente diferentes.

La solución a este problema podría sugerir la necesidad de un tercer agente independiente que medie entre los diferentes grupos, los más y los menos influyentes. Este arreglo podría restringir la influencia injustificada de los agentes dominadores sobre la construcción de las restricciones al poder arbitrario. Lovett descarta esta alternativa y afirma:

Suppose that, in order to constrain the arbitrary power in question, the state must establish a

new regulatory agency with the power to intervene on behalf of the dominated group. This introduces a new power over both groups. It is not enough that this new power be itself constrained (e.g. by the state) unless the affected parties share reasons sufficient to determine the form those constraints should assume. Thus, not only is no domination removed, new domination is apparently added to the pile! This will indeed be a problem whenever it is necessary to set up new regulatory agencies or powers to respond to new challenges. (Lovett, 2012c, p.146)¹⁶.

Hasta aquí, el enfoque de la arbitrariedad sustantiva de Pettit parece el más convincente, ya que, aunque se enfrenta a los problemas enumerados, se mantiene fiel a la tradición del republicanismo cívico y logra evitar el colapso entre libertad y democracia. Sin embargo, Pettit abandona esta posición, como veremos en el último apartado, por considerar que el poder de interferencia puede no ser arbitrario desde un punto de vista evaluativo y serlo desde otro, reconociendo las dificultades que supone adoptar un punto de vista sustantivo, del conjunto de puntos de vista aceptables en términos republicanos, como base para limitar el poder arbitrario (Pettit, 2012, p.58).

3. El enfoque de la arbitrariedad procedimental

De acuerdo con la interpretación de quienes suscriben el enfoque procedimental, las posiciones sobre qué cuenta como poder arbitrario solo pueden ser de dos tipos. Por un lado, encontramos el punto de vista sustantivo, para el cual dos condiciones son necesarias, a

¹⁶ Supongamos que, para restringir el poder arbitrario en cuestión, el Estado debe establecer una nueva agencia reguladora con el poder de intervenir en nombre del grupo dominado. Esto introduce un nuevo poder sobre ambos grupos. No es suficiente que este nuevo poder sea limitado por sí mismo (por ejemplo, por el Estado) a no ser que las partes afectadas compartan razones suficientes para determinar la forma que deben asumir esas restricciones. Así, no sólo no se elimina ninguna dominación, sino que aparentemente se agrega una nueva dominación a la pila. De hecho, esto será un problema siempre que sea necesario crear nuevas agencias o poderes reguladores para responder a nuevos desafíos. (Traducción propia).

saber: consideración de los intereses de los afectados más reglas o procedimientos que restrinjan cómo aquellos son rastreados. Por otro lado, el enfoque procedimental, para el cual una sola condición es necesaria, a saber: la existencia de reglas o procedimientos.

El enfoque de la arbitrariedad procedimental aparece como resultado de la crítica al enfoque sustantivo de arbitrariedad. Por un lado, como señala Lovett, el enfoque sustantivo de la arbitrariedad incorpora necesariamente la concepción procedimental de arbitrariedad, desde que para su implementación demanda la búsqueda efectiva y confiable de los intereses, las concepciones del bien o visiones del mundo de las personas afectadas. Para hacer esto se debe echar mano necesariamente a un procedimiento. Por otro lado, los defensores de este enfoque también argumentan que las restricciones sustantivas son insuficientes para garantizar la libertad como no-dominación de los agentes afectados. Así, el amo o el esposo que no se encuentran restringidos por reglas externas que prescriben cómo deben actuar podrían pasar a actuar conforme a los intereses o visiones del mundo del esclavo y la esposa. Sin embargo, en estos casos, tanto el esclavo como la esposa siguen sujetos al poder de interferencia arbitrario.

Para el enfoque procedimental, el poder social cuenta como arbitrario si su ejercicio no se encuentra limitado por reglas, procedimientos u objetivos que son de conocimiento común. A medida que el poder se encuentre más restringido por tales procedimientos, el poder social será menos arbitrario. Por el contrario, en los enfoques sustantivos son necesarios criterios adicionales para definir qué restricciones cuentan como arbitrarias y cuáles no. Este es un punto en que se separan el enfoque sustancial del procedimental, pues para este último las restricciones son suficientes para la no arbitrariedad.

El enfoque procedimental de la arbitrariedad emerge en el trabajo de algunos autores republicanos que se han centrado en los vínculos entre libertad republicana y estado de

derecho. Para estos autores, las restricciones que impone el estado de derecho son condición suficiente para la libertad como no-dominación y una característica distintiva del republicanismo (List, 2010). Lovett (2012c) es un filósofo político republicano que ha desarrollado y defendido este enfoque. Para este autor, es necesario que las restricciones procedimentales al poder revistan dos características: efectividad y confiabilidad. La efectividad exige que las restricciones procedimentales al poder arbitrario funcionen realmente sobre el modo en que se ejerce el poder. La presencia de esta característica se verifica allí donde la presencia de la restricción disminuye la probabilidad de que el agente potencialmente dominador pueda o no interferir en las opciones del agente dominado, de acuerdo con su capricho. La efectividad de diferentes arreglos procedimentales dependerá de las características de tales arreglos, y del grado de aceptación de tales límites y civilidad en cada comunidad. Si el grado de aceptabilidad y civilidad en una comunidad es alto, será suficiente con normas aspiracionales, que establezcan metas, mientras que, en el caso contrario, serán necesarias reglas procedimentales más restrictivas y formales. La segunda característica de las restricciones procedimentales al poder social exige que estas sean confiables. Estas serán confiables cuando su efecto restrictivo se garantice en un espectro de mundos posibles en los que el potencial agente dominador cambia su predisposición sobre el modo en que utiliza el poder que administra. Así, las disposiciones y preferencias del potencial agente dominador son contingentes; sin embargo, el poder que administra puede liberarse de la tacha de arbitrario si las restricciones al ejercicio de aquel lo asilan de tales contingencias. Para que las restricciones procedimentales al ejercicio del poder sean confiables será necesario un respaldo externo como, por ejemplo, un mecanismo comúnmente reconocido para apelar a una autoridad independiente de terceros (Ibídem, p.140).

A favor del enfoque procedimental de la arbitrariedad, Lovett argumenta recurriendo a un ejemplo:

Suppose that for various historical, economic, and cultural reasons, one group in some society manages to acquire a preponderance of social power, which it wields over the other groups in that society directly and without constraint, much to its own benefit. Since the subordinate groups are in no position to challenge directly the preeminence of the powerful group, they instead demand only that the various rights and privileges of the latter be written down, codified, and impartially enforced by independent judges. In time, let us suppose, the powerful group accedes to this demand, on the view that since the rules will be designed to benefit them, after all, there will be no significant cost in their doing so (Ibídem, p.147)¹⁷.

Tomando este ejemplo, Lovett afirma que, para los enfoques sustantivos, la codificación de los privilegios del grupo dominante no significará ningún avance en la causa de la libertad como no-dominación. Esta conclusión le parece contra intuitiva, por lo que defiende y cree que, en el caso de que los privilegios sean codificados e imparcialmente garantizados por las autoridades, se habrá avanzado en la causa de la libertad. De ahí que, para él, la restricción del poder arbitrario a través de reglas es una condición suficiente para reducir la dominación. Esto es así porque, a partir de la introducción de estas restricciones

¹⁷ Supongamos que, por diversas razones históricas, económicas y culturales, un grupo de una sociedad consigue adquirir un poder social preponderante, que ejerce sobre los demás grupos de esa sociedad directamente y sin restricciones, en beneficio propio. Dado que los grupos subordinados no están en condiciones de cuestionar directamente la preeminencia del grupo poderoso, en cambio exigen que los distintos derechos y privilegios de estos últimos sean escritos, codificados e imparcialmente aplicados por jueces independientes. Con el tiempo, supongamos que el grupo poderoso accede a esta demanda, en vista de que, puesto que las reglas se diseñarán para beneficiarlas, después de todo, no habrá ningún costo significativo al hacerlo. (Traducción propia).

(procedimiento + autoridad imparcial para evaluar si se ha seguido), los miembros del grupo dominado pueden definir mejor su situación y planificar sus vidas conforme a este esquema social (Ibídem, pp.148-149). De acuerdo con este argumento, se habrá ganado en confiabilidad, desde que los miembros del grupo subordinado que se someten a este esquema de privilegios pueden esperar, con un alto grado de probabilidad, que nadie interfiera con ellos en el resto de los asuntos.

Sin embargo, detrás de este argumento parece ocultarse una concepción de la arbitrariedad que la define como imprevisibilidad. Como se dijo más arriba, este es un modo inadecuado de entender la arbitrariedad. Para recordar el porqué de la exclusión de la concepción de arbitrariedad como imprevisibilidad podemos echar mano al argumento que el propio Lovett ofreció con anterioridad. De acuerdo con este, el esclavo y la esposa que con el paso del tiempo logran predecir lo que el amo y el esposo harán y, en consecuencia, logran anticiparse a ello, no están menos dominados que antes. La previsibilidad no elimina el carácter arbitrario del poder al que ambos se encuentran sujetos. Que los agentes dominados puedan definir mejor su situación y planificar sus vidas no los hace más libres en el sentido republicano. Como el mismo Lovett afirma con el ejemplo del esclavo y la esposa, el grupo subyugado habrá ganado en bienestar ahora que puede diseñar su vida para lidiar con los privilegios del grupo dominador, pero de ello no se puede concluir que es más libre. Adicionalmente, la codificación de los privilegios del grupo dominante supone la positivización de su poder de interferir a voluntad en las opciones de los miembros del grupo sometido. Esto es así en tanto que parte del privilegio de un poder social arbitrario consiste en tener la opción no restringida de elegir si interferir o no sobre las opciones del grupo subordinado. Si la codificación elimina esta opción del grupo privilegiado, se habrá ganado en términos de libertad, no porque se codificaron privilegios, sino porque se eliminó un tipo

de privilegio, el que conlleva la posición de dominador, y esto hace del argumento de Lovett un argumento redundante.

La defensa del enfoque procedimental, a partir del ejemplo de la codificación de los privilegios que hace Lovett, puede explicarse debido a su interpretación de lo que demanda un orden social justo. Para el autor, la justicia depende también de valores diferentes al de la libertad como no-dominación. Así afirma que “no todo lo que es injusto también debe constituir la dominación” (Lovett, 2012c, p.147). La postura de Lovett parece sugerir que la libertad republicana es un valor circunscripto al ámbito de la legitimidad, donde esta se entiende en el sentido de existencia de restricciones procedimentales al poder.

El esfuerzo argumentativo de Lovett en contra de los enfoques sustantivos responde a su preocupación ante la posibilidad de que la libertad política se desplace a un enfoque normativo que suscriba alguna concepción del bien humano que sea objeto de desacuerdo en las sociedades plurales. Pero esto no es un problema cuando el enfoque normativo adoptado es el de la libertad como no-dominación. En este caso, la objeción se debilita, porque el valor de la libertad como no-dominación es compatible con diferentes concepciones comprensivas del bien (Pettit, 1997, pp.95-97). Más aún, las preocupaciones multiculturales pueden defenderse apelando al ideal de la libertad como no-dominación (Pettit, 1997, p.191). Así, Pettit afirma que la principal queja multicultural es que el Estado moderno está sustancialmente organizado en torno a los presupuestos ligados a una cultura preponderante (Ídem). Adoptar la libertad como no-dominación como el valor para responder a las preguntas sobre qué cuenta como un orden social justo y cuándo este es legítimo, no es incompatible con canalizar la queja del multiculturalismo. Como afirma Pettit, la libertad como no-dominación es un ideal pluralista, por lo que quienes están interesados en esta causa harían mal en reducir su influencia, ya que el republicanismo ofrece

protección frente a la dominación de las visiones dominantes del bien, les provee un lenguaje adecuado para expresar sus quejas y promueve la existencia de foros adecuados para canalizarlas.

Puede concluirse que la principal diferencia del enfoque procedimental con el enfoque sustantivo es que este último introduce necesariamente criterios adicionales para identificar qué restricciones procedimentales al poder reducen la arbitrariedad y cuáles no. Este podrá ser un problema para casi todos los enfoques sustantivos, pero no para todos. En la propuesta más reciente de Pettit, que analizaremos a continuación, las restricciones a las instituciones políticas a través de un sistema de control popular deben revestir determinada forma si se quiere limitar la dominación. Así, el sistema de control popular debe ser individualizado, eficaz e incondicionado (Pettit 2012, Cap. 3). La no verificación de estos criterios adicionales conlleva dominación, pero además puede introducir, como veremos, nuevas formas de dominación. Habrá nuevas formas de dominación vertical cuando el control -o la restricción externa- esté condicionado o sea ineficaz. En cambio, habrá nuevas formas de dominación horizontal cuando el sistema de control no sea igualitario. Al introducir estos criterios adicionales, el enfoque del poder controlado de Pettit no se basa ni en las preferencias que de hecho adscriben los miembros de la comunidad, ni en las que deberían adscribir conforme a alguna concepción del bien, y no es compatible con un esquema institucional que a través de un andamiaje de procedimientos y autoridades cristalice privilegios.

Pero el enfoque procedimental de Lovett no logra mantenerse al margen de la necesidad de criterios adicionales que den forma a las restricciones procedimentales. Así, Lovett (2010) defiende la idea de que la libertad como no-dominación es una condición necesaria para el florecimiento humano. A favor de esta premisa, identifica los males que

conlleva la dominación y cómo estos son un obstáculo para la autorrealización. A partir de allí, reconoce condiciones sustantivas adicionales, que servirán de criterio para identificar qué restricciones reducen la dominación y cuáles no. En apoyo a esta idea, Lovett afirma que “the argument here is the empirical one that—given the sorts of creatures we are—the exploitation, insecurity, and undermined self-respect necessarily attending the experience of domination present serious obstacles to human flourishing” (Lovett, 2010, p.134)¹⁸.

Si las restricciones procedimentales introducidas no reducen en algún grado estos males, a saber: la explotación, la inseguridad y el autorrespeto debilitado, no se habrá ganado en términos de libertad republicana. Así, la codificación de los derechos y privilegios del grupo dominante no solo no es suficiente para reducir tales males, sino que además puede profundizarlos. Por tomar el aspecto más evidente, imagine cómo tal codificación puede impactar en el autorrespeto de los miembros del grupo dominado. Si la sujeción del grupo al poder de interferencia arbitraria del dominador deja de ser una mera práctica, a veces tolerada o promovida informalmente por el gobierno, y pasa a ser una práctica institucionalmente reconocida, el autorrespeto del grupo dominado necesariamente sufrirá un mal adicional, por lo que el enfoque de la arbitrariedad procedimental resulta insuficiente para identificar qué poderes sociales cuentan como dominadores.

¹⁸ El argumento empírico aquí es que -dado el tipo de criaturas que somos- la explotación, la inseguridad y el autorrespeto debilitado, que necesariamente asisten a la experiencia de la dominación, presentan serios obstáculos para el florecimiento humano. (Traducción propia)

4. El enfoque del poder de interferencia incontrolado

En sus últimos trabajos, Pettit abandona la concepción que define la dominación como sujeción al poder de interferencia arbitrario. Considera que el lenguaje de la arbitrariedad tiene algunas connotaciones engañosas, que dan lugar a los problemas que se asocian a cada uno de los enfoques sobre lo que cuenta como poder de interferencia arbitraria. El problema del término *arbitrario* es que puede utilizarse en referencia a una concepción de lo bueno o lo correcto, o puede resultar insuficiente para dar cuenta de algunos casos de dominación. En este sentido, al referirse a las connotaciones engañosas del término arbitrario Pettit afirma que:

The reason is that while I believe that in earlier republican usage the word had something close to the meaning I ascribe, it has other, misleading connotations today. In one usage, arbitrary interference is interference that is not subject to established rules. But interference that conforms to rules, and is non-arbitrary in that sense, may still be uncontrolled by you and can count as arbitrary in our sense. In another usage, arbitrary interference is interference that is wrong or objectionable, so that what is arbitrary from one evaluative standpoint may not be arbitrary from another (Pettit, 2012, p.58)¹⁹.

A partir de allí, Pettit sustituye la concepción de poder de interferencia arbitraria por la de poder de interferencia incontrolado (Pettit, 2012, Cap.1). Para Pettit, la ventaja de esta concepción radica en que posee un significado descriptivo y claramente determinable sobre el que existen acuerdos entre personas que adoptan diferentes puntos de vista morales. A

¹⁹ La razón es que, mientras yo creo que en el uso republicano anterior la palabra tenía algo cercano al significado que le atribuyo, tiene otras connotaciones engañosas hoy. En un uso, la interferencia arbitraria es una interferencia que no está sujeta a las reglas establecidas. Sin embargo, la interferencia que no es arbitraria en este sentido puede seguir siendo descontrolada por usted y puede considerarse arbitraria en nuestro sentido. En otro uso, la interferencia arbitraria es una interferencia que es incorrecta o censurable, de modo que lo arbitrario desde un punto de vista evaluativo puede no ser arbitrario desde otro. (Traducción propia).

diferencia de los enfoques sustantivos analizados, se trata de un concepto no moralizado de dominación.

El control del poder como contracara de la dominación ya aparecía en el trabajo de Pettit de 1997, aunque con un protagonismo menor. Allí afirmaba que los instrumentos democráticos de control eran deseables e indispensables, pero sostenía que no eran todo o el fin del buen gobierno (Pettit, 1997, p.8). Aquí mismo el control aparece como parte de su definición de poder de interferencia arbitraria. En este sentido, afirma que “la interferencia se produce sin pérdida de libertad cuando la injerencia no es arbitraria, y no representa una forma de dominación cuando está *controlada* por los intereses y opiniones de los afectados” (Pettit, 1997, p.35)²⁰.

Al reconstruir la tradición política republicana, Pettit también se ocupó del control. Hizo esto al describir la queja de la colonia americana en contra del parlamento británico como una demanda contra la sujeción de los colonos a impuestos decretados por un gobierno que no controlaban (Pettit, 1997, p.33). En consecuencia, el control popular del gobierno ocupa un lugar protagónico en la tradición republicana. Sin embargo, y vale la pena aclararlo, tal protagonismo viene dado por el rol que el control democrático ocupa como instrumento para la promoción de la libertad como no-dominación (Pettit, 1997, p.30). Con posterioridad a su trabajo de 1997, Pettit se encargó de resaltar las características, ventajas y desventajas de diferentes formas de control democrático. Identificar las razones por las que descarta determinadas concepciones de control democrático ayudará a interpretar de un mejor modo el tipo de control que es requerido para que las instituciones políticas no comprometan la libertad como no-dominación de los ciudadanos. En este trabajo, Pettit termina defendiendo

²⁰ El resaltado es propio.

una forma institucionalizada de control democrático en la versión del modelo del condominio (Pettit, 2008a).

Según una primera concepción de control, este requiere que el pueblo tenga una influencia causal sobre el gobierno (Pettit, 2008a, p.46). Pettit considera que esta concepción de control democrático es demasiado débil. La influencia causal de un factor sobre un resultado solo requiere que aquel contribuya causalmente a este. Sin embargo, esa contribución puede ser determinante o sobredeterminante. Esto es así toda vez que podría arribarse al mismo resultado de todos modos. El proceso electoral es una instanciación de este tipo de control democrático. El control causal no representa para Pettit un ideal valioso, desde que el control del pueblo sobre el gobierno podría aumentar a través de la promoción de la influencia de algunos grupos que defienden intereses facciosos. Una solución a este tipo de objeción consistiría en distribuir de modo igual la influencia entre los miembros de la comunidad. Sin embargo, también el autor rechaza esta versión igualitaria del control causal. Considera que esta es compatible con un mundo en el cual el gobierno frustra los intereses de todos los ciudadanos por igual. Otro problema de esta concepción es que no tiene en cuenta que el control requiere algo más que la influencia causal sobre el resultado. El control debe permitir que se imprima una dirección que refleje los intereses de quien controla.

La segunda concepción de control democrático descartada por Pettit, requiere que el pueblo imprima de manera intencional una dirección sobre el gobierno (Pettit, 2008a, p.47). Esta concepción del control democrático aparece en la teoría de la democracia de Joseph Schumpeter (1940), pero también está asociada con la tradición rousseauiana. El problema de esta concepción es que resulta demasiado demandante, pues requiere un nivel alto de compromiso activo en la ciudadanía y una estructura organizacional mayor. Al mismo

tiempo, esta concepción arrastra todos los problemas vinculados a la voluntad colectiva. Hasta acá, Pettit avizora que, mientras la concepción causal de control no es demasiado demandante como para ser adoptada como ideal de democracia, la concepción de control como dirección popular intencional es demasiado demandante. De ahí, concluye que un ideal de democracia no debe ser tan poco demandante, al punto que carezca de valor práctico, ni debe ser tan demandante, al punto que resulte inalcanzable e introduzca problemas normativos que de otro modo podrían ahorrarse.

En busca de una concepción plausible de control, Pettit evalúa una tercera opción: la de control institucional. Esta concepción se presenta en dos versiones: el modelo del mercado y el modelo del condominio. El modelo de mercado fue diseñado por Joseph Schumpeter (1942) y desarrollado como un ideal en los trabajos de Anthony Downs, James Buchanan y Gordon Tullock (Pettit, 2008a, p.49). De acuerdo con esta concepción, el sistema de control debe estar diseñado para que las acciones del gobierno maximicen la satisfacción de las preferencias privadas de los ciudadanos. Así, las instituciones deberían estar organizadas como el mercado, de modo que las medidas adoptadas por el gobierno reflejen de manera agregativa las preferencias de los ciudadanos. Sin embargo, Pettit critica este modelo de control institucionalizado y, apuntando a cuestionar la validez de la analogía entre el mercado y la democracia, señala que presenta tres problemas. En primer lugar, en el mercado los productos ofrecidos varían con las preferencias de los consumidores. Esto no pasa en el caso de las políticas apoyadas por los partidos políticos, las que aparecen como parte de un conjunto en el que los votantes tienen poca influencia. De este modo, los ciudadanos deben apoyar paquetes de propuestas que incluyen algunas que son contrarias a sus preferencias. La segunda dificultad radica en que la influencia política se distribuye de un modo más desigual que la influencia de los consumidores en el mercado. Esto ocurre como

consecuencia del tipo de organización política adoptada: federal, unitaria, etc. El tercer problema con esta analogía es que en el mercado los consumidores, a través de su influencia, pueden conseguir satisfacer sus preferencias. Por el contrario, en el caso de la influencia política ese resultado no está garantizado.

El control institucional puede tomar otra forma: es el caso del modelo del condominio. Este modelo parte de afirmar que la satisfacción de las preferencias de los votantes no constituye un objetivo igualitario (Pettit, 2008a, p.51). Al mismo tiempo, este modelo de control adscribe a un objetivo popular, a saber: la promoción de la libertad como no-dominación en las relaciones del Estado con sus ciudadanos (Pettit, 2008, 2012). El objetivo del condominio obliga al comité que lo administra a actuar de acuerdo con los términos de referencia aprobados por los miembros en su conjunto. El comité cumple la función de las instituciones políticas en el Estado republicano: debe actuar para promover objetivos que son importantes desde el punto de vista de los miembros del condominio. El comité debe considerar con igual consideración a los miembros del condominio a la hora de hacerse escuchar o en el momento de decidir qué medidas adoptar.

El modelo de condominio conlleva algunos arreglos institucionales como los siguientes:

- The assignment of certain rights to the members of the condominium, say in respect of how they furnish their apartments, that the committee may not breach.
- The requirement that any committee rulings have a rule-of-law form, applying equally to all, and only from the time of their introduction, not retrospectively.
- Provisions that force the committee to record its proposals, give members a right to object, and time to object, thus enabling members to invigilate its doings.
- Provisions that force the committee to declare conflicts of interest and submit its performance to independent audit, thereby reducing the danger of abuse.

- Arrangements for adjudicating and disciplining the committee in the event that there is evidence of any breach of such rights or rules or provisions. (Pettit, 2008, p.53)²¹.

Sin embargo, recién en 2012 Pettit define claramente la libertad como no-dominación como ausencia de sujeción a un poder incontrolado. Esta nueva concepción de la libertad como no-dominación conlleva nuevos requerimientos para que las instituciones políticas no comprometan la libertad como no-dominación. En otras palabras, Pettit propone una nueva manera de compatibilizar la libertad personal con la sumisión política, que se basa en la idea de control, es decir, una nueva concepción de la legitimidad política. Desde que la dominación es necesaria y suficiente para limitar la libertad de los ciudadanos, la ilegitimidad se predica de las instituciones políticas y no solo de la interferencia que practican. De acuerdo con esta concepción de la legitimidad:

The idea of controlled interference provides us with the core element for a republican theory of political legitimacy. It suggests that if the people governed by a state control the interference practised by government – if they control the laws imposed, the policies pursued, the taxes levied – then they may not suffer domination at the hands of their rulers and may continue to enjoy their freedom in relation to the state (Pettit, 2012, p.153)²².

²¹ • La asignación de ciertos derechos a los miembros del condominio, digamos en lo que respecta a la forma en que amueblan sus apartamentos, que el comité no puede incumplir.

• El requisito de que cualquier decisión del comité tenga una forma de estado de derecho, aplicándose igualmente a todos, y solo desde el momento de su introducción, no retrospectivamente.

• Disposiciones que obligan al comité a registrar sus propuestas, otorgan a los miembros un derecho de objeción, y tiempo para objetar, permitiendo así a los miembros vigilar sus actos.

• Disposiciones que obligan al comité a declarar conflictos de interés y someter su desempeño a auditoría independiente, reduciendo así el peligro de abuso.

• Arreglos para la adjudicación y disciplina del comité en caso de que exista evidencia de incumplimiento de tales derechos, normas o disposiciones. (Pettit, 2008, p.53). (Traducción propia).

²² La idea de la interferencia controlada nos proporciona el elemento central para una teoría republicana de la legitimidad política. Sugiere que si las personas gobernadas por un Estado controlan la interferencia practicada

Para que el control sobre las instituciones políticas sea posible, los agentes relevantes, es decir, los ciudadanos, deben tener alguna influencia sobre el proceso que conduce al resultado. Adicionalmente, los ciudadanos deben poder imprimir una dirección a tal influencia, dirigida hacia el resultado esperado. Ambas condiciones son necesarias para que pueda decirse que los ciudadanos ejercen control sobre el Estado. De aquí que la influencia sea insuficiente para el control. Para que la influencia devenga en control es necesario que sea ejercida conforme a un patrón dirigido a un resultado que los ciudadanos desean. El control puede ser intencional o no intencional. En este sentido, afirma Pettit que:

Whenever a system exercises control over a process, then, there will be systemically shaped inputs that control for the form of corresponding outputs. In the richer form of control, there will be influence-bearing inputs that vary depending on the state of the system and, as they vary, those inputs will determine, at least probabilistically, the direction taken by corresponding outputs (Pettit, 2012, p.155)²³.

Existen tres tipos diferentes de influencia que los ciudadanos pueden ejercer sobre las instituciones políticas: la influencia activa, donde el ciudadano interfiere efectivamente, para imprimirle una dirección al rumbo de la institución política; la influencia virtual, a través de la cual el ciudadano interviene solo cuando el rumbo que adopta la institución controlada se desvía del patrón que quiere imprimirle; y, finalmente, la influencia de reserva, donde el agente

por el gobierno -si controlan las leyes impuestas, las políticas aplicadas, los impuestos recaudados-, entonces no pueden sufrir la dominación de manos de sus gobernantes y pueden seguir disfrutando de su libertad en relación con el Estado. (Traducción propia)

²³ Cada vez que un sistema ejerce control sobre un proceso, entonces, habrá input de forma sistémica que controla la forma de output correspondientes. En la forma más rica de control, habrá input de influencia, que varía dependiendo del estado del sistema y, a medida que varíen, esos inputs determinarán, al menos probabilísticamente, la dirección tomada por los outputs correspondientes.

controlador está en condiciones de intervenir sobre el rumbo del poder político solo si un cambio en sus deseos o preferencia lo requiere. El tipo de influencia que los ciudadanos ejercen a través del *habeas corpus* sobre la discrecionalidad policial en materia contravencional supone una influencia virtual, que se activa cuando la policía se desvía del camino que los ciudadanos creen que debe adoptar en la administración de ese poder. Las diferentes formas de influencia cumplen el rol de elevar la probabilidad de que un determinado resultado tenga lugar. Para el caso de la influencia activa, se requiere un hecho real, mientras que para las influencias de reserva y virtual, una disposición adecuada es suficiente. Luego de lo anterior, se impone una aclaración para evitar malentendidos: ejercer una influencia direccionada sobre las instituciones políticas y su funcionamiento no garantiza -ni empírica ni normativamente- que los ciudadanos obtendrán el resultado que prefieren o desean. Por esto, la concepción del poder controlado, es decir, no dominador, para ser tal no tiene que reflejar necesariamente la dirección que le imprimió aquel que resulta perjudicado; en consecuencia, la dirección que adopta el poder que ejerce el gobierno puede estar bajo control ciudadano sin haber sido consentida.

El ámbito sobre el que los ciudadanos deben ejercer control no incluye las instituciones que imponen la existencia de un orden político, que lo hacen ciudadano de un Estado determinado y lo sujetan a coacción estatal. En todo lo demás, los ciudadanos deben ejercer control para que el poder político no devenga ilegítimo. El criterio para delimitar el ámbito sobre el que debe recaer el control es: todo aquel espacio institucional en que el Estado tiene discreción. Dado que el Estado no tiene discreción sobre los tres asuntos enumerados, ellos deben quedar fuera de la influencia de los ciudadanos. Ello es así dado que las tres restricciones mencionadas no son el producto de alguna voluntad sobre un conjunto de opciones. De este modo, los ciudadanos solo pueden controlar el modo en que operan las instituciones públicas bajo este orden político, en el que las personas son ciudadanas de Estados determinados, que

operan a través de la coacción.

En cuanto a la naturaleza del control requerido para la libertad como no-dominación frente al Estado, son tres las condiciones que debe cumplir. En primer lugar, el sistema de control republicano debe estar debidamente individualizado; de este modo, garantiza la participación igualitaria en el control del gobierno. Si no se encuentra debidamente individualizado, el control no solo no proveerá legitimidad a las instituciones controladas, sino que además puede llegar a promover relaciones de dominación horizontal o privadas entre ciudadanos. Además, el control debe ser incondicionado, es decir, debe estar garantizado en una gama de mundos posibles, con independencia de los cambios de voluntad del gobierno controlado o de cualquier otra agencia que pueda tener influencia al respecto. Finalmente, el control debe ser eficaz, de modo que sea suficiente para que las personas no vean en las instituciones políticas un agente dominador. Para determinar el grado de eficacia o robustez requerido, Pettit propone un test, el test de la mala suerte. Este test se satisface cuando los ciudadanos tienen razones para pensar que los resultados de la toma de decisión pública que los afectan son solo el producto de la mala suerte y no de la sujeción a un ente dominador (Pettit, 2012, p.177).

Hasta aquí he descrito el debate republicano sobre cuándo las instituciones públicas o las barreras institucionales contra la dominación comprometen la libertad como no-dominación de los ciudadanos. En el próximo capítulo presentaré la adopción del enfoque republicano y las implicancias del ideal regulativo de la legitimidad como control popular para el ámbito de los sistemas penales.

CAPÍTULO III

UNA TEORÍA REPUBLICANA PARA LOS SISTEMAS PENALES

El objetivo de este capítulo es mostrar las implicancias de la teoría republicana para los sistemas penales e identifica las condiciones que deben satisfacer los sistemas penales republicanos legítimos. Para ello me ocuparé, en primer lugar, de reconstruir la teoría republicana para los sistemas penales desarrollada en 1990 en *Not just deserts* por John Braithwait y Philip Pettit. En esta obra, ambos autores hacen una propuesta integral para los sistemas penales, basada en el valor de la libertad como no-dominación. En esta teoría se realiza una defensa del valor de la libertad como no-dominación y se la presenta como el objetivo que los sistemas penales deben promover. Adicionalmente, los autores proponen un conjunto de principios intermedios, que tienen la función de modelar las prácticas e instituciones penales con miras a alcanzar el ideal. Finalmente, se pronuncian a favor de la estrategia del incrementalismo, como vía para la implementación de la teoría propuesta.

Dado que el valor basal de esta teoría es la libertad como no-dominación, los cambios en la conceptualización de este valor impactan en el modo en que se construye el resto de la teoría. Sin embargo, la estructura de la teoría, su carácter integral y los principios desarrollados en ella, solo deben ser reajustados para seguir sirviendo a los propósitos republicanos. Es por esta razón que en la segunda parte de este capítulo presentaré las implicancias que tiene, para la teoría republicana de los sistemas penales, la adopción del

concepto de libertad como no-dominación defendido por Pettit desde la publicación de *On the people's terms*, en 2012.

En la parte final del capítulo, me ocuparé de presentar el problema que aborda este trabajo, a saber: los mecanismos de control sobre la ejecución de la política criminal como fuente de dominación. Afirmaré que la implementación inadecuada de un mecanismo de control no solo no contribuye a dotar de legitimidad al ámbito del sistema penal controlado, sino que además eleva el nivel de dominación.

Antes de avanzar en los tres puntos propuestos para este capítulo, vale la pena presentar dos conceptos que son presupuestos en los próximos apartados. En primer lugar, recurriré al concepto de “sistema de justicia penal”, tal cual lo definen Braithwait y Pettit. Para estos autores, un sistema penal es una red de subsistemas que mantienen una conexión estrecha entre sí (Braithwait-Pettit, 2015, p.34). Afirman, además, que los subsistemas cumplen funciones distintas y suelen ser semiautónomos (S.F. Moore, 1978, en Braithwait-Pettit, 2015, p.34), sin embargo, el sistema de justicia penal como totalidad se relaciona con otros sistemas, aunque a través de vínculos menos intensos.

A diferencia de otros sistemas que forman parte del gobierno, los sistemas penales son los encargados de reducir la dominación en el ámbito de aquellas afecciones a la libertad que, por su gravedad, cuentan como delito. Para llevar adelante esta tarea, los sistemas penales se encargan de administrar la pena. Cualquier ámbito institucional en el que se administren penas cuenta como parte del sistema penal. Resulta necesario, entonces, definir qué cuenta como pena.

El concepto de pena presupuesto en el resto de este trabajo es el propuesto por Carlos Nino. Este autor define la pena a partir de la identificación de dos características, que la distinguen de otras medidas coercitivas del estado (Nino, 1980). En primer lugar, cualquiera

que sea el objetivo final por el cual se prescribe y aplica la pena, constituye un componente esencial de la razón por la que se recurre a ella, que coloca a sus destinatarios en una situación desagradable o, para decirlo crudamente, los somete a algún sufrimiento (Nino, 1980, p.203). Independientemente de cuál sea el objetivo de la pena, el sufrimiento que ésta conlleva es un medio -en el caso del objetivo de tipo prevencionista-, o un fin -en el caso del objetivo de tipo retributivo-. Nino sostiene que la segunda diferencia entre la pena y otras medidas coactivas del Estado surge de la conexión que establece Joel Feinberg (1970) entre pena, juicios de desaprobación moral y actitudes reactivas de resentimiento e indignación. En este sentido, Feinberg sostiene que la diferencia entre la pena y las demás medidas coactivas es que la pena es un instrumento convencional, que sirve para expresar el resentimiento o la desaprobación experimentada por la autoridad punitiva misma o por aquellos "en cuyo nombre" se impone la pena (Nino, 1980, p.205).

1. La teoría integral de John Braithwaite y Philip Pettit

En 1990, John Braithwaite y Philip Pettit formularon una teoría integral republicana para los sistemas penales, que se caracterizaba por adoptar como objetivo la promoción de la libertad como no-dominación. A pesar de su desajuste con el desarrollo actual de la teoría republicana de Pettit, esta propuesta provee una estructura teórica que resulta útil para proyectar sus requerimientos en la dimensión de la justicia social y de la legitimidad política de los sistemas penales. En su propuesta, sendos autores argumentan a favor de que los sistemas penales adopten como objetivo la promoción de la libertad republicana o libertad como no-dominación; además, defienden un enfoque consecuencialista, es decir, el valor de la libertad como no-dominación funciona como el bien final que los sistemas penales deben promover, antes que como un límite en sí a dichos sistemas. Podemos observar entonces que,

en concordancia con el carácter consecuencialista de la propuesta, los autores se pronuncian a favor de aquellos sistemas de justicia penal que, de manera más eficaz, promueven la libertad como no-dominación.

Braithwait y Pettit presentan tres razones a favor de una versión consecuencialista de la teoría republicana para los sistemas penales (2015, pp.43-54). La primera razón apunta a la simplicidad de la teoría consecuencialista: mientras que en el enfoque no consecuencialista conviven restricciones junto con uno o varios objetivos, el enfoque consecuencialista solo emplea un criterio de corrección, a saber: la capacidad de un diseño institucional -o política criminal- para promover el objetivo republicano; por el contrario, el no consecuencialismo exige que determinado o determinados valores sean honrados, mientras que otros pueden ser promovidos. En segundo lugar, la clasificación de los valores que deben honrarse y los que deben promoverse carece de justificación. Finalmente, afirman los autores que el consecuencialismo está mejor apoyado en concepciones contemporáneas de racionalidad, que indican que esta requiere obtener más de aquello que es considerado valioso, mientras que el no consecuencialismo debe recurrir a dos criterios de racionalidad: uno para el respeto de los límites y otro para lo que queda fuera y puede ser promovido.

En la segunda parte de la teoría de que nos ocupamos, se establecen los requerimientos que debe respetar un valor para ser adoptado como objetivo de los sistemas penales. Posteriormente, se defiende que la libertad como no-dominación cumple con estos requerimientos. En cuanto a lo primero, los autores afirman que el objetivo que se postula debe ser relativamente incuestionable en las comunidades pertinentes (Braithwait y Pettit, 2015, p.60). El objetivo propuesto debe generar una asignación estable de derechos, que está garantizada cuando los agentes no tienen razones basadas en la promoción del objetivo para conculcarlos. Por tanto, la no conculcación de los derechos frente a cualquier cambio en las

circunstancias es el único medio para la promoción del objetivo; debe tratarse, en consecuencia, de un objetivo estabilizador. En tercer lugar, el objetivo propuesto debe motivar el respeto por los límites que conlleva la asignación estable de derechos por parte de los poderes asociados con el sistema de justicia penal (Braithwait y Pettit, 2015, p.63); para ello, el objetivo propuesto debe ser alcanzable, de modo que no requiera traspasar los límites adoptados por el sistema penal.

El objetivo de la promoción de la libertad como no-dominación cumple con estos tres requisitos por las siguientes razones: en cuanto al primer requisito, se alude a las ventajas de la libertad como no-dominación como objetivo político en sociedades plurales, y las razones por las que debería resultar aceptable para sectores que defienden diferentes causas, tales como el feminismo, el multiculturalismo, el ambientalismo, etc. (Pettit, 1997, p. 173 y ss). En el ámbito de los sistemas penales, la invasión del dominio es un mal asociado con tipos fundamentales de delito (Braithwait y Pettit, 2015, p.89). Adicionalmente, cuando los sistemas penales se encargan de minimizar la invasión al dominio que tiene lugar a través del delito, también minimizan otros males vinculados al delito, como la pérdida de confianza.

En este apartado, también sostienen los autores que la minimización de la invasión al dominio debe ser un objetivo incluso más indiscutible que la minimización del perjuicio (Braithwait y Pettit, 2015, p.90), porque un sistema cuyo objetivo es la minimización del perjuicio derivado del delito es compatible con la no eliminación de la sensación de vulnerabilidad. Por lo que la propuesta republicana no solo se ocupa de la minimización del perjuicio, y va más allá. El objetivo cuenta con la ventaja adicional de no conllevar necesariamente la inflación del sistema penal, pues la penalización no es el único modo de proteger la libertad como no-dominación. Mientras que habrá situaciones de dominación sin interferencia, que se requiere que sean criminalizadas, habrá actos de interferencia que, por

no ser dominadores, deban ser despenalizados. Así, el hecho de que un tipo de acto invada el dominio de un individuo no implica que deba ser penalizado, pues su penalización podría causar más daño que bien al dominio (Braithwait y Pettit, 2015, p.91). En consecuencia, deben realizarse consideraciones extra para evaluar la pertinencia de la criminalización, y el hecho de que no hay una conexión necesaria entre la adopción de un ideal más robusto de libertad con el aumento del número de acciones criminalizadas o el tipo de criminalización.

El objetivo propuesto motiva la asignación estable de derechos incuestionables. Esos derechos consisten en la protección estatal de algunas libertades negativas frente al poder estatal arbitrario. Si la promoción del dominio es el fin del sistema de justicia penal, se requiere que las personas gocen de ciertos derechos legales (Braithwait y Pettit, 2015, p.92). Las libertades básicas que protegerían tales derechos serían, por ejemplo, el derecho a un juicio justo y a no ser castigado si se es inocente, entre otras. La asignación de tales derechos debe resultar estable. Hablamos de asignación inestable cuando los agentes del sistema están dispuestos a violar esos derechos, motivados por el objetivo propuesto (Ídem). Los autores consideran que esto no es posible en un sistema penal republicano, dado que este les exige a los agentes del sistema que internalicen un compromiso con la promoción de los derechos incuestionables, es decir, que reconozcan la fuerza moral y legal de tales derechos en sus deliberaciones²⁴.

A pesar de su carácter consecuencialista, el modo en que la teoría garantiza la estabilidad en la asignación de derechos está dado por el tipo de valor adoptado como objetivo. Los autores argumentan que el hecho de que los agentes del sistema persigan el

²⁴ La internalización del objetivo republicano es un aspecto del que me ocuparé en el Capítulo VII. En este propondré un modelo de ética policial basado en el valor de la ciudadanía contestataria. Con independencia de esto, la internalización de los límites que exige la promoción de la libertad como no-dominación no se reduce a una cuestión ética, sino que comprende aspectos institucionales vinculados a la eficacia de las barreras estatales contra la dominación policial, y constitutivo de la libertad republicana.

objetivo de promover el dominio de manera directa resultaría contraproducente porque, por un lado, terminaría socavando la dimensión objetiva de la libertad que supone la privación de la opción protegida por el derecho; por otro lado, afectaría la dimensión subjetiva del dominio, cuando se convierte en conocimiento común el que los derechos de los ciudadanos son vulnerables a este tipo de iniciativas. Esto es así porque la autolimitación de los agentes en relación con los derechos incuestionables produce siempre, como efecto secundario, la promoción de la libertad como no-dominación. Por el contrario, si los agentes están dispuestos a violar tales derechos con la intención de promover la libertad como no-dominación, el efecto producido es una disminución del nivel global de libertad. Esta situación planteada no solo afecta la libertad del titular del derecho violado, sino la de todos los ciudadanos, cuando se vuelve un asunto de conocimiento común que los agentes del sistema están dispuestos a vulnerar derechos, aún con la intención de promover la libertad como no-dominación.

La identificación de los derechos incuestionables, cuya asignación estable es necesaria para la promoción del dominio, responderá a la pregunta sobre si la inclusión de tales derechos promueve o no el dominio de los ciudadanos. Aunque los autores no se ocupan de proponer un listado exhaustivo de derechos incuestionables, afirman que hay un derecho que la promoción del dominio exige: se trata del derecho de la víctima a que las autoridades apliquen el mismo criterio que aplicaron en relación con otras víctimas, al determinar en qué medida investigar la transgresión, si procesar o no al acusado, si declararlo o no culpable y qué pena aplicarle. Este derecho es necesario para promover el dominio, pues es una condición para que cada persona tenga las mismas posibilidades de ser libre que otras (Ibídem, p. 84). Braithwait y Pettit consideran que se trata de un objetivo alcanzable, es decir, un objetivo que no realiza demandas voraces. Esto es así dado que se trata de un tipo de

objetivo que no demanda violar límites incuestionables, en especial no exige violar los límites relativos al castigo proporcional de los culpables (Braithwait y Pettit, 2015, p.98). Afirman los autores que, con su modelo, no serán frecuentes los casos en los que la promoción del objetivo motive castigos excesivos, y apoyan esta afirmación en una premisa que sostiene la necesidad de que el beneficio derivado del castigo sea suficientemente superior al costo del dominio involucrado con el castigo y, dado que mientras el costo para el dominio es cierto, el beneficio es solo probable²⁵.

Uno de los méritos centrales de la teoría que aquí desarrollamos se vincula a la justificación republicana del castigo. Esta se diferencia de las justificaciones deontológicas, como consecuencialistas del castigo, que han predominado en el derecho penal y en el debate político criminal. Las teorías deontológicas del castigo promueven la idea de que los culpables de ciertos actos, definidos como delitos, merecen ser castigados, y quienes sean inocentes merecen no recibir castigo alguno (Braithwaite y Pettit, 1990, p.52). Por otro lado, las teorías consecuencialistas se caracterizan por identificar en el castigo un medio para la prevención del delito. Los autores rechazan ambos enfoques, porque presentan problemas que los hacen incompatibles con las ventajas que sí garantizaría la adopción del objetivo de la libertad como no-dominación.

Sin embargo, la teoría consecuencialista del castigo de Braithwaite y Pettit tiene la ventaja de poder sortear una de las principales objeciones a las teorías prevencionistas, a saber: la imposibilidad de probar que el castigo impacta causalmente en el índice del delito.

²⁵ Esta afirmación introduce algunas dudas sobre el correlato entre el concepto de libertad como no-dominación y el concepto de pena presupuesto en la teoría de Braithwaite y Pettit. Ello, porque el concepto de libertad republicana, a diferencia de la libertad como no interferencia, establece que la interferencia no tiene un costo para la libertad cuando no es arbitraria, por lo que, aunque la pena suponga la eliminación certera de una o algunas de las opciones del agente castigado, de ello no se sigue que tenga un costo para la libertad.

En lugar de ello, la teoría se apoya en la afirmación de que basta con mostrar que el castigo del delito tiene un efecto constitutivo, antes que causal, de la libertad de las víctimas y de la comunidad. El castigo del delito siempre es un medio efectivo a través del cual se reconoce el derecho de las víctimas a la igual libertad como no-dominación. Ese reconocimiento tiene lugar con independencia de las probabilidades de que el castigo impacte causalmente en el nivel de interferencia proveniente del delito. En consecuencia, la función del castigo en la teoría republicana es la restauración del estatus no-dominado de la víctima y de la comunidad en general en sus aspectos objetivo y subjetivo.

Pero la ventaja más importante de la propuesta republicana sobre las teorías prevencionistas es que, para que el objetivo republicano pueda ser alcanzado, se necesitan reconocer límites incuestionables; el respeto de tales límites es el único medio disponible para la promoción del objetivo propuesto. Por el contrario, las teorías prevencionistas, al solo considerar los efectos del castigo en el nivel global de interferencia proveniente del delito, resultan compatibles con castigos desproporcionados.

Una vez que se aceptan los méritos de adoptar la libertad como no-dominación como objetivo de los sistemas penales y el enfoque consecuencialista, puede diseñarse un ideal regulativo para los sistemas penales, que describe el estado de cosas a las que deben aspirar las reformas institucionales. Los autores de la propuesta no se limitan a esto, sino que además proponen un conjunto de principios intermedios que crean obligaciones para los funcionarios encargados de diseñar y aplicar la política criminal. El primer principio propuesto es el de *parsimonia*. Este principio establece una presunción a favor del carácter arbitrario de la interferencia ejercida por los sistemas penales, es decir, una presunción a favor de considerar que es el tipo de interferencia que compromete la libertad como no-dominación. En consecuencia, el principio crea una presunción en contra de cualquier acto de penalización,

vigilancia, investigación o detención. Como toda presunción, conlleva la carga de probar que esta clase de medidas no comprometen la libertad como no-dominación; por el contrario, la ausencia o eliminación de estas medidas no necesita ser justificada (Braithwaite y Pettit, 2015, p.108).

En segundo lugar, se expone el principio de *reprobación del delito*. Este principio exige que el sistema penal se organice como medio más o menos efectivo de reprobación del delito. De este modo, el sistema de justicia penal funciona como una institución formativa, a través de la actividad moralizante que lleva adelante, consistente en reprobando las afectaciones al dominio que cuentan como delito. Al hacer que las personas comprendan que el delito es vergonzoso, la institución socializadora logra dos cosas a la vez: presenta el delito como algo malo y, por lo tanto, algo de lo cual las personas deben avergonzarse; y presenta el delito como un tipo de actividad que la sociedad desapruueba y, por ende, como algo por lo cual muy probablemente esa sociedad avergonzará a quien lo cometa (Braithwait y Pettit, 2015, pp.107-110). Este tipo de institución, por su carácter moralizante, brinda una protección mayor contra el delito que la que brindan las instituciones formativas de tipo coercitivas. Estas últimas apelan al costo para los autores de las opciones que cuentan como delito. La propuesta aquí presentada presenta ventajas frente a aquella. En primer lugar, cuando el cálculo favorezca la comisión del delito consistente en el pago de un costo o la pérdida de una recompensa, los ciudadanos tendrán una razón extra para desistir de ejecutarlo. En segundo lugar, este tipo de institución formativa demanda a los ciudadanos la comprensión de las razones por las que el sistema de justicia penal castiga determinadas conductas. Con este modelo, los ciudadanos pueden conocer mejor las razones por las que resulta vergonzante realizar alguna de las conductas criminalizadas, pero para ello es necesario que el proyecto de reprobación sea compartido por los ciudadanos, funcionarios e

infractores.

El tercer principio es el de *rectificación o reintegración*. Este principio establece que la función del castigo es rectificar los efectos del delito, como medio para recomponer la libertad de la víctima y toda la comunidad. Conforme a este principio, la rectificación de los efectos del delito exige tres condiciones, que los autores presentan como las tres “R”. En primer lugar, se exige que el castigo sea un medio para el reconocimiento del estatus no dominado de la víctima del delito. En segundo lugar, exige la recompensa a la víctima, y de no ser posible, a la familia y la comunidad, por el daño ocasionado por el delito. En tercer lugar, exige la renovación de la confianza de la víctima y de la comunidad en que el delincuente no conserva poder dominador sobre la víctima y la comunidad (Pettit, 1997, p.206). Este principio también demanda la reintegración de los victimarios a la comunidad como ciudadanos plenos.

Por último, Braithwait y Pettit proponen un principio de *control del poder*. Este principio establece que el poder que detentan los sistemas penales debe encontrarse sujeto a controles por parte de los ciudadanos. Los autores afirman que el control funciona como una garantía en contra de que las autoridades obren con prejuicios o caprichosamente (Braithwaite y Pettit, 2015, p.109). Además, sostienen que la forma más importante de someter a control a las autoridades es a través del reconocimiento de derechos. Incluso donde el sistema de justicia penal reconoce un ámbito de discrecionalidad, los ciudadanos deben tener la opción de ejercer control a través de mecanismos de apelación o queja, y esquemas de responsabilidad, para que los agentes respondan por el modo en que ejercen tal discrecionalidad (Ídem). Sin embargo, el control del poder aparece asociado exclusivamente a la faz subjetiva del dominio.

Una vez presentada la estructura de la teoría, los autores se ocupan de aplicarla, para

responder a algunas de las preguntas más importantes relativas a los sistemas penales, tales como: ¿qué tipo de conductas debe penalizar el sistema?, ¿qué tipos de penas deberían permitirse o imponerse?, ¿cómo deben asignarse los recursos del sistema?, ¿qué tipo e intensidad de vigilancia debe tolerarse?, etc.

Finalmente, se propone un tipo de estrategia para la aplicación de la teoría, a saber: el incrementalismo. De acuerdo con este tipo de estrategia, los cambios en el sistema penal deben producirse de manera incremental, a medida que se presentan las oportunidades políticas para hacerlo (Braithwait y Pettit, 2015, pp.175 y ss.). Se alienta a que, una vez implementada una reforma, se produzca información sobre su impacto en la promoción de la libertad como no-dominación, con el doble objetivo de, en primer lugar, estabilizarla y, en segundo lugar, promover nuevas reformas en una dirección similar. Una característica relevante de este tipo de estrategia es que exige realizar concesiones para ganar a largo plazo. Así, la teoría se presenta como una guía a la *Realpolitik* (Ibídem, p. 176).

2. Cambios en la teoría

Luego de la formulación de esta teoría junto con John Braithwaite, los trabajos de Philip Pettit fueron sofisticándose. Así, su teoría política fue cambiando gradualmente, hasta llegar a conceptualizar la libertad republicana como ausencia de sujeción a un poder incontrolado, y abandonar el lenguaje del poder arbitrario que había empleado en aquella primera etapa teórica (Pettit, 2012). Los trabajos posteriores de Pettit sobre republicanism y sistemas penales son escasos y abordan temas específicos (Pettit 1997; 2000; 2002 y 2014), sin analizar las implicancias del nuevo concepto de libertad como no-dominación para una teoría integral. Es por eso que este trabajo busca contribuir a la

actualización de esta teoría en una de sus dimensiones: la de la legitimidad de los sistemas penales.

Para identificar los cambios que implica la nueva conceptualización del valor de la libertad como no-dominación para la teoría republicana de los sistemas penales, me basaré en la estructura conceptual proporcionada por la distinción entre *ideales regulativos* y *principios intermedios*. Los ideales regulativos, como el provisto por la teoría de la legitimidad republicana de Philip Pettit, definen un estado de cosas al que deben aspirar los esfuerzos institucionales. Sin embargo, el valor práctico de los ideales regulativos es limitado, pues no establecen prescripciones. Son los principios intermedios los que establecen prescripciones que prohíben determinadas acciones o instituciones, que alejan el orden social vigente del ideal y que hacen obligatorias aquellas que lo acercan al ideal. Los principios intermedios se caracterizan por ser instrumentales en relación con el ideal regulativo adoptado, y relativos respecto al estado de cosas actual. De este modo, los principios intermedios cumplen la función de acercar el mundo actual a aquel mundo que es, por un lado, accesible desde el primero y, por otro lado, más cercano al ideal regulativo (Martí, 2004).

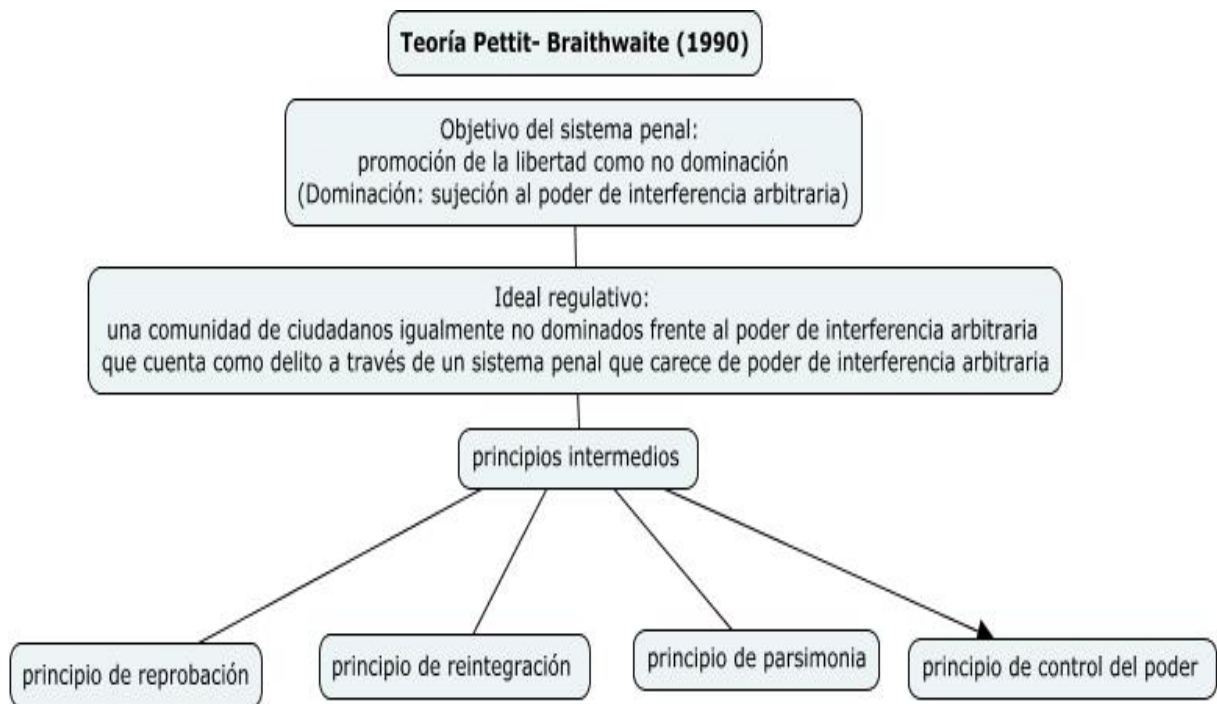
Por lo antes expuesto, es que el mérito de un principio intermedio debe evaluarse en base a su capacidad para acercarnos al ideal regulativo y para evitar colocarnos en una situación peor que la actual. Así, el valor práctico de los principios intermedios radica en que evitan que la mera inspiración en un ideal regulativo empeore la situación de los sistemas penales. Por ejemplo, una aplicación del ideal propuesto por Braithwaite y Pettit en 1990, sin intermediación del principio de parsimonia, mantendría alta la probabilidad de falsos positivos en la implementación de mecanismos de vigilancia o criminalización. Ello, porque el ideal republicano, a diferencia del liberal, favorece la intervención estatal, dado que se

basa en un ideal institucional de la libertad. De acuerdo con esta concepción, las instituciones estatales constituyen la libertad, por lo que no son vistas como un mal que deba justificarse a la luz de los beneficios que proveen. Esto puede traducirse, en la práctica, en un sesgo a favor de la interferencia estatal, que termine dando lugar al tipo de actuación estatal que comprometa la libertad. Para disminuir esta probabilidad, el principio de parsimonia impone la carga de justificar que los actos de vigilancia o criminalización no comprometen la libertad como no-dominación.

La importancia de los principios intermedios también se debe a que poseen una estructura normativa diferente a la de los ideales regulativos. No se limitan a describir un estado de cosas deseables, sino que establecen obligaciones y prohibiciones que aumentan la probabilidad de alcanzar aquel estado de cosas. Dada esta característica, estos principios contribuyen al acercamiento al ideal regulativo, prescribiendo cómo deben ser diseñadas las instituciones y cómo deben comportarse los funcionarios asociados al sistema de justicia penal. De este modo, los principios intermedios se convierten en el canal que vincula los ideales regulativos construidos por la filosofía política con el diseño de políticas públicas, el derecho y la ética del ejercicio de funciones públicas. Además, son el tipo de dispositivo provisto por una teoría que cumple la función de evitar que los ideales regulativos se vuelvan inútiles o contraproducentes.

Dado que los principios intermedios son instrumentales en relación con el ideal regulativo y relativos al estado de cosas actual, su identidad y pertinencia dependerá de dos variables: la primera variable refiere a cuál es el ideal regulativo a cuya realización contribuyen y la segunda alude a los principios intermedios adoptados, que dependerán del estado actual del diseño institucional y de las prácticas que se pretenden regular. En relación con esta última variable, cobra importancia la información empírica relativa al

funcionamiento de los sistemas penales. Desde la publicación de Braithwaite y Pettit en 1990 hasta la publicación de *On the people's terms*, el esquema de la teoría republicana para los sistemas penales podría esquematizarse del siguiente modo:

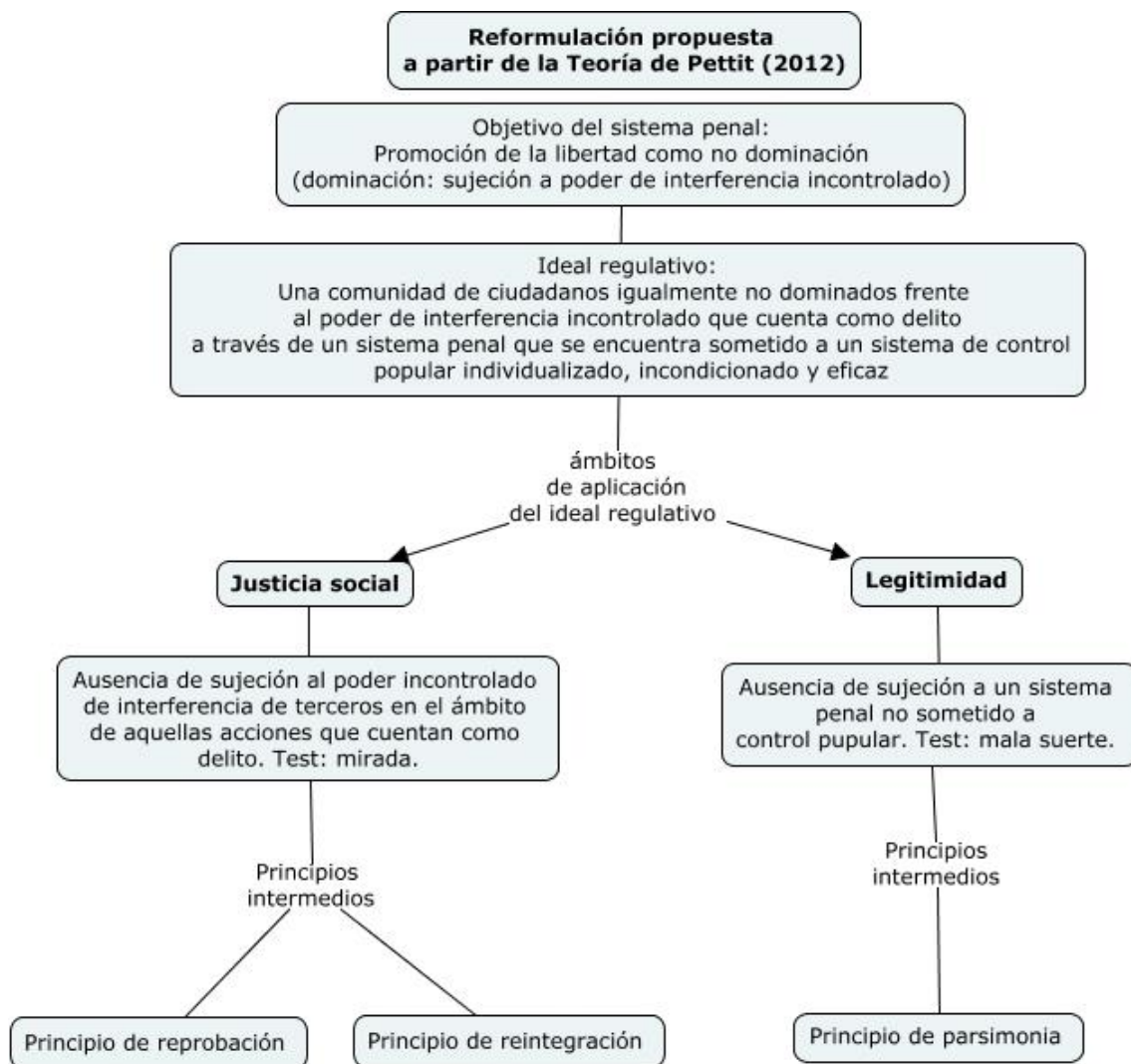


En la primera versión de la teoría, el valor de la promoción de libertad como no- dominación era adoptada como objetivo del sistema penal. Por tratarse de un concepto negativo de libertad, cómo se estructure el resto de la teoría depende en gran medida de cómo se define el mal que compromete la libertad. En este caso en particular, depende de cómo se define la dominación. En la primera versión de la teoría, la dominación se define como sujeción al poder de interferencia arbitrario. Esta definición es la que da lugar al debate reconstruido en el Capítulo II sobre qué cuenta como poder arbitrario.

La definición del valor de la libertad como no-dominación como ausencia de sujeción al poder de interferencia arbitraria da lugar a un ideal regulativo concreto. Para el ámbito de los sistemas penales, el ideal consiste en una comunidad de ciudadanos igualmente

independientes del poder de interferencia arbitraria que cuenta como delito. Una segunda parte del ideal establece que el estado de cosas antes descrito se garantice a través de un sistema penal que carece del poder de interferir arbitrariamente en el dominio de los ciudadanos. Luego, Braithwaite y Pettit proponen cuatro principios intermedios, que tienen por objetivo garantizar el mayor grado de adecuación posible de los sistemas penales al ideal regulativo republicano. Estos principios fueron descritos con detalle en el apartado anterior, por lo que no es necesario reiterarlos aquí. Sin embargo, vale la pena poner atención al principio de control del poder, porque es en este ámbito donde se produce un cambio. El rol del control del poder cambia de una versión de la teoría a otra, desde que pasa a formar parte del concepto de libertad como no-dominación y del ideal regulativo.

Un cambio en la conceptualización del valor adoptado como objetivo por un ideal regulativo, exige una revisión de la teoría. Además, si se quiere evitar que la teoría se vuelva inútil en términos prácticos o que produzca efectos contrarios a los buscados, su implementación debe guiarse por principios intermedios que reflejen tales cambios. En consecuencia, un cambio en la definición del valor a partir del cual se define el ideal regulativo exige una evaluación de la necesidad y pertinencia de los de los principios intermedios. A continuación, presento un esquema de cómo quedaría estructurada la teoría republicana para los sistemas penales, a la luz del concepto de libertad como no- dominación propuesto por Philip Pettit, a partir de la publicación de *On the people's term*:



En este segundo esquema, la dominación deja de ser definida como sujeción a un poder de interferencia arbitraria. El mal de la dominación pasó a ser definido en la teoría petittiana como sujeción a un poder incontrolado de interferencia, es decir, a un poder que no se encuentra bajo el control de quien sufre la sujeción. A partir de esta redefinición del valor de la libertad como no-dominación, puede formularse un nuevo ideal regulativo republicano para los sistemas penales. A diferencia del esquema anterior, el estado de cosas al que deben contribuir los sistemas penales se define como una comunidad de ciudadanos igualmente no dominados, frente al poder de interferencia incontrolado que cuenta como

delito. En esta nueva versión de la teoría, los sistemas penales deben alcanzar este estado de cosas sin convertirse en una fuente de dominación. Para lograr esto, los sistemas penales tienen que estar sometidos a un sistema de control popular que sea individualizado, incondicionado y eficaz.

Una novedad en la teoría de Pettit, ya presentada en el Capítulo II, es que introduce una clara distinción entre la dimensión de la justicia social y la legitimidad. Esta distinción no estaba incorporada en la teoría de Braithwaite y Pettit²⁶. Adicionalmente, Pettit propone una regla de prioridad de la legitimidad sobre la justicia social²⁷. A partir de esta distinción, el ideal regulativo se desdobra en dos dimensiones. En cada una de ellas, la función que cumplen los sistemas penales es distinta. En la dimensión de la justicia social, los sistemas penales tienen por objetivo reducir la dominación que conlleva el delito, mientras que, en la dimensión de la legitimidad, los sistemas penales deben ocuparse de contar con mecanismos que faciliten el control popular. Para lo último, los sistemas penales deben promover la transparencia e imparcialidad frente a la contestación ciudadana, de una manera robusta y eficaz.

Como consecuencia de la reestructuración que planteamos, los principios intermedios deben reordenarse en función del objetivo al que contribuyen. Si contribuyen a limitar la dominación ejercida por el delito, los principios pertenecen al ámbito de la justicia social, mientras que, si contribuyen a evitar la dominación de los sistemas penales, los principios se ubican en el ámbito de la legitimidad. Cuál sea el lugar de los principios es relevante a la luz de la regla de prioridad introducida por Pettit. De acuerdo con esta regla, en caso de conflicto

²⁶ En trabajos anteriores, Pettit recurría a la distinción entre dominación horizontal y vertical, en lugar de justicia social y legitimidad (Pettit, 1997).

²⁷ Aunque con anterioridad Pettit afirmaba que la dominación estatal o vertical era más grave que la dominación horizontal, no había precisado su posición (Pettit, 1997).

entre las obligaciones que establecen los principios intermedios, deberá prevalecer el cumplimiento de las obligaciones que establecen los principios intermedios que contribuyen a la legitimidad de los sistemas penales, antes que el de las obligaciones que establecen los principios intermedios que contribuyen a reducir la dominación proveniente del delito.

Una segunda ventaja de la nueva teoría de Pettit es que provee un test para evaluar la satisfacción del ideal en cada uno de los ámbitos. En el ámbito de la justicia social, el test propuesto es el test de la mirada, mientras que, en el ámbito de la legitimidad, el test propuesto es el test de la mala suerte. Ambos fueron presentados en el punto 4 del Capítulo I, marcando el hecho de que aportan precisión al ideal y permiten evaluar la pertinencia de los principios intermedios.

En el esquema propuesto, los principios de reprobación y reintegración aportan a la promoción de la libertad como no-dominación en el ámbito de la justicia social. Aunque en la teoría de Pettit y Braithwaite cumplían igual función, es decir, la promoción de la libertad frente a la dominación proveniente del delito deviene necesario redefinirlos a la luz del nuevo concepto de libertad como no-dominación. El principio de reprobación establece que el sistema penal debe estar organizado como un medio para que la delincuencia quede sujeta a la desaprobación más o menos efectiva de la comunidad (Braithwaite-Pettit, 2015, p.109). Reformulado, el principio de reprobación limita el poder de interferencia incontrolado de los ciudadanos en relación con aquellas opciones cuya realización suponen la comisión de un delito. Así, a través del derecho penal, la comunidad priva a los ciudadanos del poder de interferir en las opciones de sus conciudadanos, en la medida en que no sea en los términos impuestos por aquel.

El segundo principio, que contribuye a la realización del ideal en el ámbito de la justicia social, es el de reintegración. De acuerdo con el principio de reintegración, los

sistemas penales deben cumplir la función de restaurar el dominio de las víctimas, pero también requiere la protección del dominio de los delincuentes, una vez reincorporados a la sociedad, en sus relaciones con el resto de los miembros de la comunidad (Braithwaite-Pettit, 2015, pp.112-113). A través de la reintegración del dominio de las víctimas, se les garantiza que no quedan sujetas al poder de interferencia incontrolado de quien cometió el delito. Esto se garantiza tanto en el caso de que alguien sea condenado por la comisión de un delito como en el caso de que no lo sea. El reconocimiento del estatus no dominado de la víctima puede garantizarse con la investigación del delito y el procesamiento de los sospechosos, si es que se puede imputar esa calidad a alguien, aun cuando nadie sea condenado. Por otro lado, a través de la reintegración de los delincuentes, se evita su incorporación a una subcultura delictiva. Cuando la reintegración no funciona, los sistemas penales pierden capacidad de influir en el accionar de aquellos; por el contrario, a través de la reintegración, conservan el control sobre el poder de interferencia de quien cometió una infracción en el pasado (Braithwaite-Pettit, 2015, p.113). En consecuencia, en el ámbito de la justicia social, los principios propuestos por Braithwaite y Pettit siguen siendo pertinentes si se suscribe al nuevo concepto de libertad como no-dominación. Por el contrario, en el ámbito de la legitimidad de los sistemas penales, el reajuste requerido parece más radical y es por esa razón que este trabajo se focaliza en este aspecto.

Dos de los principios del primer esquema se ubican ahora en el ámbito de la legitimidad. En primer lugar, el principio de parsimonia, que establecía la carga de justificar cualquier avance del sistema penal sobre las opciones de los ciudadanos, basada en la presunción de que comprometen la libertad. Al mismo tiempo, eliminaba la carga de justificar la ausencia o eliminación de este tipo de medidas. El objetivo de este principio era reducir la probabilidad de que el sistema penal interfiera arbitrariamente en las opciones de

los ciudadanos. A la luz del nuevo concepto de libertad como no-dominación, el principio de parsimonia puede ser redefinido como una presunción a favor de que la interferencia de los sistemas penales no se encuentra sometida a control popular. De modo que el Estado tiene la carga de mostrar que cualquier medida que limite las opciones de los ciudadanos, ejecutadas por los sistemas penales, se encuentra sometido a control popular. El Estado podrá cumplir con esta carga mostrando que la interferencia que conlleva la política criminal en cuestión es producto de una asamblea que se encuentra sometida a control popular. Adicionalmente, este deberá mostrar que la medida en cuestión se encuentra todavía sometida al poder de edición de los ciudadanos. Para cumplir con esta carga, podrá aportar como justificación el hecho de que actúa de modo transparente y receptivo a la contestación ciudadana.

Un cambio que trae aparejada la sofisticación de la teoría de Pettit es que, ante los conflictos que puedan surgir entre las obligaciones que establecen los principios intermedios, provee una regla de prioridad de la legitimidad sobre la justicia social. Pettit argumenta a favor de esta prioridad afirmando que:

Where a lack of social justice alone would make us vulnerable only to our fellow citizens, a lack of political legitimacy would make us vulnerable on two fronts [...] The reason is easy to see. If we are subject to a government that can dominate us, as in an illegitimate regime, then we are going to lack control over changes in that government's will towards us and towards those of our kind. But this lack of political control means that any social controls we enjoy over changes in the will of our fellow citizens towards us are also likely to be somewhat precarious. While the law may put social controls in place, guarding us against private domination, those safeguards will only be as reliable as the will of the government that establishes and maintains them. Let legitimacy fail [...] and we will be vulnerable both in relation to the state and in relation

to our fellow citizens [...]. This is why republicans should put a certain premium on the value of legitimacy and on the democratic control that it requires (Pettit, 2012, pp. 24-25)²⁸.

Esta regla cobra importancia en relación con el principio de parsimonia, en tanto que este principio podría entrar en conflicto con el del derecho de la víctima a que las autoridades apliquen el mismo criterio que aplicaron en relación con otras víctimas, al determinar en qué medida investigar la transgresión, si procesar o no al acusado, si declararlo o no culpable y qué pena aplicarle. La importancia de este derecho, asociado al principio de reintegración, se basa en la necesidad de que cada persona tenga las mismas posibilidades de ser libre que otras. Al ocuparse de la distribución de la libertad entre ciudadanos, este derecho se ubica en el ámbito de la justicia social. El conflicto podría presentarse desde el ángulo de que el principio de parsimonia facilita la eliminación de políticas que lo garantizan, a través de medidas que suponen la afectación de las opciones de investigados, procesados, condenados, etc. Sin embargo, de acuerdo con la regla de prioridad, el principio de parsimonia prevalece, aun cuando su observancia facilite la eliminación de políticas que, a través de la interferencia, garantizan el derecho de las víctimas a la aplicación del mismo criterio utilizado en los casos de otras víctimas.

El cambio más radical de un esquema a otro se produce en relación con el principio de control del poder. En el esquema anterior, este principio establecía que el poder que

²⁸ Donde la falta de justicia social por sí sola nos haría vulnerables solo a nuestros conciudadanos, la falta de legitimidad política nos haría vulnerables en dos frentes [...]. La razón es fácil de ver. Si estamos sujetos a un gobierno que nos puede dominar, como en un régimen ilegítimo, entonces vamos a carecer de control sobre los cambios de voluntad de ese gobierno hacia nosotros y hacia los de nuestra clase. Pero esta falta de control político significa que cualquier control social que disfrutemos sobre los cambios en la voluntad de nuestros conciudadanos hacia nosotros también es probable que sea algo precario. Si bien la ley puede establecer controles sociales, protegiéndonos contra la dominación privada, esas salvaguardas serán tan confiables como la voluntad del gobierno que las establece y mantiene. Dejemos que falle la legitimidad [...] y seremos vulnerables tanto en relación con el Estado como en relación con nuestros conciudadanos. Esta es la razón por la que los republicanos deberían otorgarle cierta importancia al valor de la legitimidad y al control democrático que requiere. (Traducción propia).

detentan los sistemas penales debe encontrarse sujeto a controles por parte de los ciudadanos. El objetivo del principio radicaba en la protección de la faz subjetiva del dominio. Sin embargo, en el nuevo esquema el control del poder forma parte del ideal regulativo en el ámbito de la legitimidad. En consecuencia, el principio de control del poder se vuelve superfluo en el nuevo esquema. El carácter superfluo de este principio lleva a su eliminación, desde que su contenido colapsa con la descripción de lo que el ideal de legitimidad requiere. Incluso, el ideal regulativo demanda más de lo que exige este principio, porque solo es compatible con un tipo de control popular, aquel en el que cada ciudadano tiene el poder de influir de modo incondicionado y eficaz, imprimiendo una dirección determinada a la política criminal. Adicionalmente, mientras que el control que requiere el ideal protege tanto la dimensión objetiva como subjetiva del dominio, el principio de control del poder tendría por objetivo proteger únicamente la faz subjetiva del dominio.

3. Las condiciones de la legitimidad de los sistemas penales

Una primera condición del control, requerido para la legitimidad, es que sea accesible para cada ciudadano. El control sobre los sistemas penales, necesario para su legitimidad, puede tener lugar en diferentes momentos y a través de diferentes arreglos institucionales. En *On the people's terms*, Pettit se focaliza en el control que los ciudadanos ejercen sobre las instituciones políticas a través de una asamblea representativa responsable. En el caso de los sistemas penales, este tipo de influencia popular tiene lugar a través de esta asamblea cuando se crean, modifican o derogan leyes penales o cualquier ley relativa a la política criminal. Luego, estas leyes son aplicadas y las políticas ejecutadas por diferentes organismos y funcionarios que componen el sistema de justicia penal. En este apartado me

centraré en el control popular sobre los sistemas penales cuando estos cumplen la función de ejecutar una política criminal o aplicar el derecho penal.

Para garantizar el carácter individualizado del control popular frente a la amenaza de dominación de las mayorías, Pettit también propone que las decisiones mayoritarias estén sujetas a contestación y enmienda permanente, a través de un sistema de recursividad de las decisiones públicas (Pettit, 2012, p. 215). Este sistema tiene por objetivo proveer a cada ciudadano de iguales oportunidades de estar del lado ganador (Ídem). En el caso de los sistemas penales, este tipo de influencia individualizada se canaliza a través de diferentes mecanismos de contestación o control popular sobre las leyes penales, sobre la ejecución de la política criminal, sobre la actuación de los funcionarios en los ámbitos de discrecionalidad delegada, etc. En consecuencia, el carácter individualizado del control popular sobre las instituciones y, más específicamente, sobre los sistemas penales, en palabras de Pettit: “requires giving people an editorial role that has an individualized and not just a collective dimensión” (Pettit, 2012, p. 218)²⁹.

Además, la influencia popular sobre los sistemas penales debe ser incondicionada. Esta característica requiere que la dirección que el pueblo imprime sobre el diseño de la política criminal o su aplicación no dependan ni de la cortesía, ni de la connivencia del gobierno o de algún grupo de poder. Si la influencia popular está condicionada de este modo, los sistemas penales gestados y operados bajo tales condiciones serán ilegítimos, con independencia de la capacidad que tengan para reducir el delito, o del nivel de interferencia que ejerzan sobre los ciudadanos. En este sentido, Pettit afirma que: “control requires that the correlation between popular demand and government supply should be robust across

²⁹ Este requiere otorgar a la gente un rol editorial que tiene una dimensión individualizada y no solo colectiva. (Traducción propia).

variations in the will of government or in the will of any third party” (Pettit, 2012, p.218)³⁰.

En consecuencia, para garantizar el carácter incondicionado del control popular sobre los sistemas penales, debe existir una disposición robusta a responder a la contestación popular en un rango amplio de circunstancias contrafácticas. De este modo se garantiza que la opción de ejercer influencia sobre los sistemas penales esté asegurada en una variedad de mundos posibles, aunque sea improbable que tales mundos se concreten en la realidad.

Para garantizar el carácter incondicionado del control popular, Pettit defiende que dos condiciones institucionales deben verificarse: por un lado, la existencia de una constitución mixta, que promueva la disposición en el gobierno a evitar desencadenar una resistencia popular y, por otro lado, una cultura contestataria que disponga a la ciudadanía a resistir cualquier abuso por parte del gobierno y sus agentes (Ibídem, p. 225). En apoyo a este punto, Pettit sostiene que:

It is only in the presence of concerted, sustained oversight of government activity – only in the presence of civic vigilance, in the old term – that we can have any assurance that government will be forced to remain responsive to popular inputs (Pettit, 2012, p.226)³¹.

Ambas condiciones institucionales se encuentran vinculadas, en tanto que, bajo un sistema de este tipo, la voz del pueblo debe surgir de una interacción entre los diferentes poderes, y entre estos y la ciudadanía. En el caso de los sistemas penales, no puede reducirse la influencia popular al momento de sanción de las leyes penales, de la creación de una política criminal determinada, o de la delegación de discrecionalidad en los agentes del

³⁰ El control requiere que la correlación entre la demanda popular y la oferta gubernamental sea robusta, a través de variaciones en la voluntad del gobierno o en la voluntad de cualquier tercero. (Traducción propia).

³¹ Solo en presencia de una vigilancia concertada y sostenida de la actividad gubernamental, solo en presencia de la vigilancia cívica, en el antiguo término, podemos tener la seguridad de que el gobierno se verá obligado a seguir respondiendo a los insumos o *inputs* populares. (Traducción propia).

sistema. La influencia se extiende más allá y comprende los insumos o *inputs* populares ingresados a través de mecanismos de control, como el judicial. A través de estos insumos, los ciudadanos deben poder imprimir una dirección a la ejecución de la política criminal y a la aplicación del derecho penal, con independencia de la voluntad del gobierno o de cualquier tercero.

Finalmente, el control popular sobre los sistemas penales debe ser eficaz. La pregunta sobre el grado de eficacia de la influencia popular es una pregunta sobre el grado de empoderamiento requerido para la no-dominación pública (Pettit, 2012, p.176). La influencia que los ciudadanos pueden ejercer sobre los sistemas penales, a través de diversos mecanismos de control -que pueden ser judiciales o no-, puede ser activa, virtual o de reserva. Esta distinción ya fue presentada en el capítulo anterior, pero vale la pena reforzarla. La influencia activa supone una intervención de quien controla, con el objetivo de imprimirle una dirección determinada a la ejecución de la política criminal. La influencia virtual se ejerce a través de la existencia de una disposición a intervenir en caso de que la ejecución de la política criminal se desvíe del rumbo deseado. Por último, la influencia de reserva conlleva una disposición a intervenir en caso de que se quiera cambiar el rumbo que hasta el momento había adoptado la ejecución de la política criminal. Pettit sostiene que los dos últimos tipos de influencia facilitan el control tanto como la influencia activa (Pettit, 2012, p. 156).

La propuesta petittiana del control sobre los sistemas penales exige que la influencia que sobre él ejercen los ciudadanos sea lo suficientemente eficaz como para satisfacer el test de la mala suerte (*tough-luck test*). Este test se satisface cuando los ciudadanos tienen buenas razones para pensar que un resultado no deseado de la toma de decisión pública es solo producto de la mala suerte. Si el test es satisfactorio, no hay razones para pensar que este resultado es producto del trabajo de una voluntad dominante, que opera fuera del control

igualmente compartido de los ciudadanos. En el ámbito de los sistemas penales, el control popular será eficaz cuando los ciudadanos carezcan de razones para pensar que el modo en que se ejecuta una política criminal que frustra sus preferencias es producto de una voluntad dominante.

4. Control popular y dominación

El control popular republicano sobre los sistemas penales comprende principalmente la influencia popular sobre el diseño de la política criminal en el parlamento. Este, exige que las instituciones que lo componen sean producto de leyes o políticas que han sido creadas por una asamblea representativa responsable. Sin embargo, el control republicano también incluye la contestación ciudadana contra la política criminal que ha recibido apoyo de la mayoría del parlamento. Además, incluye la influencia popular sobre decisiones particulares adoptadas por funcionarios del sistema. Las conclusiones de este trabajo se aplican a los mecanismos de control popular sobre las decisiones adoptadas por la mayoría parlamentaria y sobre las decisiones particulares de los funcionarios. Sin embargo, para mostrar el problema que me ocupa, me focalizaré en el control popular sobre las decisiones de funcionarios particulares.

En cualquiera de estos ámbitos mencionados, los arreglos institucionales a través de los cuales se garantiza el control popular deben servir a que el sistema de justicia penal alcance el umbral de legitimidad determinado por el *tough-luck test*. De acuerdo con el *tough-luck test*, el umbral de legitimidad se encuentra satisfecho cuando, sea cual sea la dirección que el control popular imponga sobre el gobierno, los individuos afectados puedan ver ese resultado como producto de la mala suerte o como producto de algo de lo que solo

puedan culparse a sí mismos (Pettit, 2012, p.178).

El problema del que se ocupa el resto del trabajo surge cuando comparamos las siguientes alternativas: por un lado, un sistema penal ilegítimo, porque no cuenta con ningún mecanismo de control sobre las decisiones particulares de sus funcionarios; en un sistema penal de este tipo, los ciudadanos no tienen ninguna garantía de que las decisiones que los afectan son solo producto de la mala suerte o de algo por lo que solo pueden culparse a sí mismos. Por otro lado, un sistema penal que también es ilegítimo, pero a diferencia del primero, cuenta con mecanismos de control popular, aunque son deficientes; estos mecanismos son deficientes porque no satisfacen todas o algunas de las condiciones que el control popular republicano demanda. Podemos concluir que ambos sistemas penales resultan ilegítimos, pero cabe preguntarse cuál de los dos puede ser considerado más ilegítimo. Una respuesta intuitiva indicaría que el primer sistema penal es más ilegítimo que el segundo, desde que no contempla ningún canal a través del cual puedan discurrir el control y la contestación popular. Sin embargo, en los dos próximos capítulos voy a argumentar en contra de esta respuesta. Sostendré que el segundo sistema penal puede llegar a ser más ilegítimo que el primero.

En apoyo a esta conclusión, argumentaré que la implementación de un mecanismo de control deficitario en términos republicanos conlleva estas dos consecuencias: 1) mantiene el nivel de dominación estatal, que conlleva la ejecución de una política criminal que no se encuentra bajo control ciudadano, pero además 2) puede agregar una cuota de dominación estatal. La última cuota de dominación es un tipo de dominación estatal ejercida a través de los funcionarios que administran el mecanismo de control deficitario. La dominación originada en el mecanismo de control puede vislumbrarse en el siguiente ejemplo: supongamos que en el aeropuerto se implementa una política de seguridad que

requiere que algunos pasajeros sean detenidos y sus pertenencias revisadas. Se trata de una política destinada a prevenir ataques terroristas. Como resulta imposible detener y revisar el equipaje de cada uno de los pasajeros, se decide que solo serán detenidos y revisados el 33% de los pasajeros, a menos que haya una sospecha fundada sobre alguno en particular. Para decidir a qué pasajero detener podría utilizarse alguno de los siguientes criterios: podría, por ejemplo, implementarse un mecanismo *random*, con el cual cada pasajero tenga las mismas probabilidades de ser detenido -sería el caso de un sistema de semáforo, que ya se implementa en algunos aeropuertos-. Otro criterio sería detener a aquellas personas que se comportan en la fila de un modo sospechoso: por ejemplo, se resisten a seguir las instrucciones de seguridad requeridas en el control. Si alguien resulta detenido y su equipaje revisado por aplicación de algunos de estos dos criterios, no se podrá decir que sus opciones resultaron afectadas porque se encuentra sujeto a una voluntad dominante. Sin embargo, un tercer criterio es posible. Supongamos que el gobierno de un país quiere desalentar que determinados ciudadanos viajen al exterior; podría ser el caso del gobierno de los Estados Unidos y el deseo de que sus ciudadanos de origen musulmán no viajen a sus países de origen o ningún país musulmán en absoluto. Como consecuencia de ello, cada vez que un ciudadano con estas características se presenta en el aeropuerto es detenido, su equipaje revisado y es intensamente interrogado. Por lo que, si usted es un ciudadano de origen musulmán, no tiene las mismas probabilidades que el resto de ser detenido -como en el caso del semáforo-, y las mayores probabilidades de resultar afectado por los controles no se deben a algo que usted hace. Parece que sus opciones se encuentran sujetas a una voluntad ajena o a un poder que no se encuentra bajo su control, en consecuencia, usted se encuentra dominado. Pero presumamos que existe un mecanismo de control a través del cual estos ciudadanos pueden quejarse y pedir explicaciones por el trato discriminatorio que reciben en los aeropuertos.

Tal mecanismo de control opera como un dispositivo de validación de la actuación del gobierno y de puesta en conocimiento común de la sujeción de las opciones de los ciudadanos de origen musulmán al poder de interferencia del gobierno sobre el que no tienen control. Parece que, en este caso, el mecanismo de control deficiente agrega dominación a la dominación que conlleva la primera situación.

A pesar de que la situación ejemplificada en este caso no es excepcional, la dominación que conlleva la existencia de mecanismos de control deficitarios ha quedado en un segundo plano en el debate político criminal y en la teoría política. En el debate político criminal, quienes están preocupados por la dominación que ejercen los sistemas penales se han focalizado en las deficiencias en el origen de la política criminal, y es por ello que han dirigido sus reclamos en contra del parlamento o las mayorías. Cuando fueron más allá del origen de la política criminal, centraron su análisis únicamente en los agentes encargados de ejecutar la política criminal, antes que en los mecanismos o funcionarios encargados del control.

A favor de la afirmación de que el segundo sistema penal, aquel que cuenta con un mecanismo de control deficitario, resulta más ilegítimo que el primero, presentaré un caso concreto de la política criminal argentina, a saber: la discrecionalidad policial en materia contravencional. La función del caso que analizaré, y al que me remitiré en múltiples oportunidades, es la de un ejemplo ostensivo. Este es un tipo de ejemplo en la clasificación introducida por Onora O'Neill, a los que frecuentemente recurre la filosofía moral (Jamieson, 1995). De acuerdo con esta clasificación, los ejemplos ostensivos sirven para presentar un problema normativo que trasciende el ejemplo, pero para el cual el ejemplo coopera. Las decisiones particulares de los funcionarios asociados al sistema de justicia penal cobran

relevancia cuando son adoptadas en un ámbito de discrecionalidad que les ha sido delegado. Ello es así porque la delegación de discrecionalidad parece una renuncia colectiva a influir sobre el rumbo que en ese ámbito adoptará la política criminal. El grado de renuncia depende de qué tan amplio sea el ámbito de discrecionalidad delegado y de qué tan determinados están los límites, y depende en gran medida de la técnica legislativa.

En el Capítulo IV me ocuparé de presentar los desafíos que para la legitimidad republicana puede representar la existencia de un ámbito de discrecionalidad policial. Posteriormente, en el capítulo V mostraré cómo un mecanismo de control deficitario, en lugar de contribuir de manera a la legitimidad del sistema penal, lo pone aún más por debajo del umbral fijado por el *tough-luck test*.

Si el caso muestra que los sistemas penales con mecanismos de control deficitarios son más ilegítimos que los sistemas penales que carecen de estos mecanismos, entonces tenemos una razón en contra de la implementación de mecanismos de control deficitarios. De acuerdo con la conclusión que intentaré defender, la implementación de un mecanismo de control popular deficitario, aun cuando se inspire en el ideal regulativo republicano, puede ubicar al sistema penal inclusive debajo del lugar que ocuparía un sistema penal que carece de tales mecanismos en relación con el umbral de legitimidad. Puesto en términos más sencillos, esta conclusión afirmarí que la implementación de mecanismos de control deficitarios sobre la ejecución de la política criminal puede elevar el nivel de dominación estatal, en lugar de reducirla. Sin embargo, esta conclusión resulta contraintuitiva y puede evitarse, como argumentaré en el Capítulo VI, a través de la adopción de un principio intermedio que regule el desempeño de los mecanismos de control y de los funcionarios encargados de administrarlos.

En la filosofía política, el análisis sobre la dominación que conlleva la

implementación de un sistema de influencia popular estuvo mayormente centrado en la tiranía de las mayorías, en tanto que la dominación que puede originarse en los mecanismos de control o contestación individual también quedó en un segundo plano. El resto de este trabajo es un intento de ampliar la mirada a la hora de evaluar los sistemas penales, adoptando la óptica del republicanismo.

CAPÍTULO IV
DISCRECIONALIDAD POLICIAL

El objetivo de este capítulo es describir las características de los ámbitos de discrecionalidad policial desde el punto de vista conceptual, político criminal y desde el punto de vista de su compatibilidad con la libertad republicana. Una pregunta central para la filosofía política y el derecho es si es posible conciliar la sumisión política con la libertad personal (Pettit 2012, p.147). Esta pregunta aborda el problema de la legitimidad del Estado y de los medios que emplea para imponer un orden social determinado. De acuerdo con la teoría de la legitimidad republicana de Pettit, solo si los ciudadanos controlan el poder de interferencia detentado por el gobierno, no sufrirán dominación de manos de sus gobernantes y así podrán disfrutar de su libertad en relación con el Estado (Pettit, 2012, p. 152).

El análisis sobre la dominación estatal se ha centrado, principalmente, en el modo en que las leyes y las políticas deben ser creadas, o en el modo en que pueden ser impugnadas para evitar la dominación de las mayorías. En contra del primer tipo de dominación, Pettit ha propuesto un arreglo institucional concreto, que garantiza que las leyes y políticas se originen bajo un sistema de control popular, con las características ya mencionadas. En concreto, ha propuesto que aquellas sean gestadas en el marco de una asamblea representativa de carácter responsiva. En contra del segundo tipo de dominación, la que ejercen las mayorías, ha propuesto el autor la existencia de un sistema recursivo o de contestación de las decisiones públicas, conformado por diversos mecanismos de control

popular. Sin embargo, el análisis sobre la dominación estatal, originada en el ámbito de los mecanismos de control, ha quedado relegado.

En el contexto de los sistemas penales, los mecanismos de control pueden funcionar como un medio para impugnar la política criminal que ha sido impulsada en el parlamento, o como un medio para influir en el modo en que se ejecuta la política criminal. La influencia popular sobre el modo en que se ejecuta una política criminal determinada se vuelve central en los casos en que aquella reviste algún grado de indeterminación, tal es el caso de los ámbitos de discrecionalidad policial. Estos se caracterizan por delegar en la policía la determinación del rumbo que adoptará la ejecución de una política criminal determinada y, por lo general, tal determinación tiene lugar aislada de la influencia popular.

La delegación de discrecionalidad otorga a la policía la facultad de elegir entre un conjunto de opciones, que puede ser amplio o tener sus límites indefinidos, como consecuencia de la técnica legislativa. Pero, aunque las opciones entre las cuales pueden elegir puedan ser determinadas bajo un sistema de influencia popular -como la asamblea responsiva-, en la mayoría de los sistemas penales los funcionarios conservan la opción de elegir entre tales opciones, al margen de la influencia ciudadana. Parte de la justificación de la creación de estos ámbitos de discrecionalidad policial responde a que la policía cuenta con determinado conocimiento especial, desarrollado durante el ejercicio diario del oficio, que no puede ser sustituido por los puntos de vista de la ciudadanía. Dadas estas características de los ámbitos de discrecionalidad policial, surge la pregunta sobre la legitimidad del poder de interferencia que administran.

Como afirmé en los capítulos anteriores, para Philip Pettit lo que determina que la ejecución de una política o ley sea legítima en términos republicanos es el hecho de que es producto del ejercicio de un poder que se encuentra sometido al control de la ciudadanía. Sin

embargo, puede resultar complejo que la ejecución de una política que crea ámbitos de discrecionalidad policial cumpla con este requerimiento. Una vez que el parlamento delega discrecionalidad en los funcionarios públicos, los ciudadanos pierden la posibilidad de influir sobre la dirección que adoptará la administración de la discrecionalidad policial, mientras que la policía tiene el cien por ciento de las probabilidades de que su punto de vista prevalezca sobre los patrones que adoptará el ejercicio de la discrecionalidad. Esto puede explicar por qué muchas de las decisiones originadas en estos ámbitos son percibidas por la ciudadanía como el producto del ejercicio de una voluntad dominante, antes que producto de la mala suerte (Frontalini, 2012), de ahí que resulte intuitivo pensar que estas políticas comprometen la libertad como no-dominación de los ciudadanos, por resultar ilegítimas.

1. La discrecionalidad policial como política criminal

La discrecionalidad ha sido fuente de debates tanto en el ámbito del derecho como en el de la filosofía política. En el ámbito del derecho, la discrecionalidad se relaciona con tópicos como la vaguedad, la ambigüedad (Sorensen, 2016) y el estado de derecho (Waldron, 2016). Asimismo, la discrecionalidad judicial ha sido y es uno de los grados tópicos que genera desacuerdos entre los filósofos de mayor renombre. Para la filosofía política, la discrecionalidad plantea desafíos en relación con la legitimidad, la libertad personal y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

La discrecionalidad puede ser definida, a grandes rasgos, como la facultad de las autoridades de elegir entre un conjunto de opciones. También puede ser definida en oposición al concepto de estado de derecho, dado que este exige que las opciones por las que los funcionarios pueden optar estén determinadas por la ley previamente; por el contrario, la discrecionalidad supone que las decisiones de los funcionarios no se encuentren

determinadas normativamente por el derecho vigente. Mientras que algunos autores suscriben una posición radical, que presenta la discrecionalidad como la antítesis del estado de derecho (Dicey, 1885; Hayek, 1944, en Waldron, 2016), otros desacuerdan con esta posición, y sostienen que no es posible eliminar la discrecionalidad en el Estado administrativo moderno (Davis, 1969, en Waldron, 2016). De acuerdo con el primer enfoque, los funcionarios carecerían de la facultad de elegir entre opciones y su actividad se reduciría a hacer aquello que ha sido determinado previamente por la ley.

La discrecionalidad también es asociada con la ambigüedad y vaguedad del lenguaje que emplean las leyes. Cuando las palabras empleadas por la ley son ambiguas, el funcionario encargado de aplicarlas tiene la facultad de optar por cualquiera de las interpretaciones alternativas, de modo tal que las consecuencias jurídicas para un caso concreto dependerán de elección del funcionario entre las opciones posibles. Algo similar ocurre con la vaguedad, la que se define como la posesión de *casos límite* (Sorensen, 2016). Cuando una ley emplea términos vagos, los funcionarios encargados de aplicarla conservan la facultad de incluir o excluir de la aplicación del término el caso límite. La discrecionalidad se reduce hasta quedar eliminada cuando los casos se acercan al núcleo de aplicación del concepto (H.L.A. Hart, 1961).

En el debate filosófico la discrecionalidad ha sido un tema que se ha centrado principalmente en el caso de la discrecionalidad judicial. Sin embargo, diferentes funcionarios conservan el poder de decidir discrecionalmente cuando la ley no determina normativamente la decisión que debe adoptar. Tal es el caso, por ejemplo, de los funcionarios policiales.

En el ámbito de la filosofía política continental, la discrecionalidad legislada se ha asociado al concepto de ámbitos de excepcionalidad, material desarrollado por Giorgio

Agamben (Agamben, 2004). Los ámbitos de excepcionalidad material pueden ser conceptualizados como aquellos espacios del ordenamiento jurídico donde este se suspende, dando lugar a intervenciones de facto, autorizadas legalmente. En Schmitt (1921; 1985), la excepción aparece como algo anómalo y temporalmente limitado, por lo que necesariamente repele la idea de un estado de excepción permanente, desde que la función de la excepción consiste en garantizar la aplicación del derecho frente a una amenaza factible (Ídem). Agamben se apoya en la morfología que Schmitt le atribuyó a la excepción, planteando una especie de dialéctica permanente entre el poder propiamente jurídico y el poder anómico, en donde la excepción surge como una especie de síntesis que, operando a modo de ficción constitutiva, permitiría la reproducción del sistema. Así, el estado de excepción nace como intento de positivización de la necesidad de admitir la existencia de medios excepcionales en manos del Estado, sin abandonar, sin embargo, la legalidad ni las normas de ética positiva (Agamben, 2004). En consecuencia, la noción de excepcionalidad material aparece como un modo de hacer referencia a lo que Agamben entendió como excepción, pero que no tiene lugar en un espacio físico, sino en un espacio normativo jurídico (San Martín, 2008). Esta noción se distingue de la excepcionalidad formal, por ejemplo, del estado de sitio, en tanto no aspira a reintegrar el orden jurídico ordinario, sino que se confunde con él (Ídem). La excepcionalidad material no se configura en primera instancia como anomia; al contrario, es un estado de excepción que promueve la producción normativa. Solo en una segunda instancia, en el interior de la propia norma, pueden observarse formas de intervención de facto desreguladas, a través de una indeterminación calculada de la técnica legislativa.

Para Butler, la excepción bajo su forma actual constituye una flexibilización de la ley, a partir de una relación instrumental, sustitutiva y arbitraria (Butler, 2006, p.114).

Describe este fenómeno haciendo referencia a la detención indefinida de personas en la cárcel de Guantánamo. En este contexto afirma que:

En nombre de alertas de seguridad y de un estado de emergencia nacional, la ley ha quedado efectivamente suspendida tanto en el plano nacional como en el internacional. Y junto con la suspensión de la ley, se impone un nuevo estado de soberanía, que no solamente se ejerce fuera de la ley, sino por medio de la creación de una burocracia administrativa en la que no solo son funcionarios los que deciden quién será juzgado y quién será detenido, sino que son funcionarios los que tienen la última palabra acerca de la detención indefinida de una persona (Ibidem, p.80).

En el ámbito del derecho penal, la discrecionalidad también es presentada como contracara del principio de legalidad penal y, como estrategia de control social, se ha vinculado con el concepto de *derecho penal del enemigo* (Jakobs- Cancio Meliá, 2003). Este derecho excepcional flexibiliza las garantías penales y resulta aplicable a quienes, con sus actos, han desafiado el ordenamiento jurídico, de modo tal que no pueden ser tratados como ciudadanos. El concepto de derecho penal del enemigo provee elementos que permiten identificar los supuestos o políticas que conllevan la suspensión del estado de derecho, o la existencia de un no-derecho, aplicables a no-ciudadanos que conviven con el derecho aplicable a los ciudadanos, en una relación dialéctica dentro de un mismo ordenamiento jurídico positivo. En este sentido, el argumento de Butler, aunque disciplinalmente distinto, guarda analogías con el análisis dogmático penal de Jakobs. Mediante un análisis descriptivo, Jakobs busca demostrar la existencia de una técnica legislativa y política criminal, presente en diferentes ordenamientos jurídicos y caracterizada por: 1) la flexibilización o anulación de las garantías, 2) el adelantamiento de la barrera de punibilidad y 3) la desproporcionalidad de las penas (Jakobs, 2003, p.94). Tanto el concepto de

excepcionalidad material como el de derecho penal del enemigo hacen referencia a la utilización de una particular técnica legislativa, como medio para eliminar las barreras institucionales frente a la coacción estatal. Las justificaciones de esta técnica legislativa, descritas por Agamben, Butler y Jakobs, van desde la emergencia en materia de inseguridad frente al delito a la extrema peligrosidad de quienes cometen determinados delitos.

La indeterminación legislativa, como política criminal que comprende la delegación en funcionarios de la decisión acerca de qué consecuencias normativas enfrentará un ciudadano -y la determinación del contenido de la justificación de tal consecuencia- es un fenómeno que uno puede fácilmente emparentar con la sujeción a una voluntad ajena. Esta intuición puede fundarse en un aspecto de la tradición republicana, que la caracteriza como defensora del “imperio de leyes, no de hombres” (Harrington, 1992, p.8). De acuerdo con este postulado republicano, un Estado republicano debería promover mecanismos legales de restricción de la voluntad de los poderosos, aunque esas restricciones no figuren en la constitución formal (Pettit, 1997, p.228). Los instrumentos empleados por el Estado republicano, como es el caso de medidas coactivas como la detención y el arresto, deben poseer la característica de *no manipulabilidad* e independencia de la voluntad de los funcionarios.

Para Pettit hay tres requisitos genéricos que un sistema no manipulable tendría que satisfacer (Pettit, 1997, p.227): en primer lugar, debe gobernar la ley y no los hombres. La condición del imperio de la ley exige que las leyes sean universales y que el gobierno siempre privilegie actuar con base legal, en lugar de actuar de manera más particularista (Ibídem, pp.228-229). Con relación a este primer requisito, se vuelve difícil justificar leyes o políticas que delegan discrecionalidad en funcionarios para que decidan en base a las características particulares de cada caso. Tal es la situación de las leyes que apelan al “olfato policial”. En

segundo lugar, un sistema no manipulable exige un modo especial en que debe operar la ley. Este modo consiste en la dispersión del poder a través de la no concentración de funciones en manos de una única persona o grupo (Pettit, 1997, p.233). Finalmente, se exige una condición contramayoritaria para el modo de cambiar las leyes. La condición contramayoritaria insiste en que, al menos en lo ateniende a las leyes básicas más importantes, no debería resultar fácil cambiarlas (Ibídem, p.237), por ello, se requiere más que el mero apoyo de las mayorías para hacerlo. Con relación a este punto, se afirma que el hecho de contar con el apoyo mayoritario no es un criterio para distinguir la bondad de una ley. Una ley es buena si promueve la no-dominación global, es decir, si reduce la dominación privada sin introducir dominación estatal (Ibídem, p.239).

Una política criminal basada en leyes indeterminadas, que generan ámbitos de discrecionalidad policial, parece no contribuir a la no manipulabilidad de la coacción estatal. Sin embargo, las leyes y políticas que delegan discrecionalidad son, en cierta medida, inevitables, dadas las características del lenguaje. Pero incluso el republicanismo reconoce que la existencia de ámbitos de discrecionalidad en determinadas áreas tiene la ventaja de promover la libertad como no-dominación. La discrecionalidad posibilita un modo particularista de operar del Estado, que favorece otros modelos de actuación de los funcionarios, compatibles con el objetivo republicano. Por esta razón, vale la pena determinar en qué condiciones, si es posible, estas políticas pueden ser consideradas legítimas desde el enfoque republicano.

La legitimidad, afirma Pettit, requiere asegurar que usted y sus conciudadanos no están sujetos a una voluntad ajena, controladora, a pesar de que puede haber una gran discreción ejercida por los que están en el poder (Pettit, 2012, p.177). La discrecionalidad policial es un ámbito sobre el que vale la pena preguntarse sobre los requerimientos que

permitirían compatibilizar la coacción originada en este ámbito con la libertad republicana. Dos razones apoyan esta afirmación: en primer lugar, las medidas coactivas que la policía puede aplicar en el ejercicio de tal discrecionalidad comprenden hechos tan significativos como la detención o arresto preventivo de ciudadanos inocentes; en segundo lugar, en el espectro de funcionarios que administran ámbitos de discrecionalidad, la policía posee un esquema de responsabilidad menos robusto que el resto.

En este capítulo me ocuparé de evaluar la discrecionalidad policial en materia contravencional; me centraré en el caso de discrecionalidad delegada legislativamente. De acuerdo con este concepto de discrecionalidad, un agente decide discrecionalmente entre alternativas excluyentes de acción cuando puede elegir actuar de acuerdo con sus propios criterios de evaluación (Caracciolo, 2001). Adicionalmente, en este tipo de discrecionalidad delegada, los funcionarios están facultados para elegir el contenido de la decisión caso por caso. Quedan excluidas del análisis otras formas de discrecionalidad, como la discreción ilegal, entendida como la posibilidad de no obedecer el derecho, y la discreción regulada, aquella que se presenta cuando los funcionarios pueden elegir entre un conjunto de opciones definidas previamente (Ídem). Para abordar los desafíos que la existencia de ámbitos de discrecionalidad policial representa para la teoría de la legitimidad republicana, trabajaré sobre un caso o ejemplo: se trata de los artículos 71 y 122 del Código de Convivencia Ciudadana de la Provincia de Córdoba (de ahora en adelante CCPC)³². Sin embargo, no

³² El Código de Convivencia de la Provincia de Córdoba, Ley 10326, sustituyó en el año 2015 al Código de Faltas de la Provincia de Córdoba, Ley 8.431. Originariamente este trabajo, como los estudios empíricos citados, se basaban en la figura del merodeo urbano, tal cual era regulado en el Código de Faltas derogado. Esta figura fue eliminada y sustituida por el tipo contravencional de *conducta sospechosa*. Sin embargo, el merodeo rural no fue derogado y, por ello, me refiero aquí a este artículo. Se trata de consideraciones legales que, dada esta naturaleza, resultan contingentes; sin embargo, nos presentan un escenario sobre el que reflexionar normativamente desde la filosofía política.

tendría que haber dificultades en trasladar las consideraciones aquí realizadas a otros ámbitos de discrecionalidad delegada en los sistemas penales o en otras áreas del Estado.

El artículo 71 del CCPC establece que “serán sancionados los que merodearen establecimientos agrícolas, ganaderos, forestales o mineros, o permanecieran en las inmediaciones de ellos en actitud sospechosa, sin una razón atendible, según las circunstancias del caso, o provocando intranquilidad entre sus propietarios, moradores, transeúntes o vecinos”. Adicionalmente, en virtud del artículo 122 del CCPC, la policía puede detener preventivamente hasta por ocho horas a quien encuentre cometiendo tal infracción, o si tuviere objetos o presentare rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en la comisión de esta contravención. En virtud de este tipo de leyes, la policía tiene la opción de detener o no detener preventivamente. Además, tales funcionarios conservan la facultad de elegir el contenido de la decisión caso por caso, en función de lo que interpreten como “actitud sospechosa”, “ausencia de razón atendible” y “circunstancias debidamente fundadas”.

Desde una visión estándar, *discrecionalidad policial* “is defined as the decision-making power afforded to police officers that allows them to decide if they want to pursue police procedure or simply let someone off with a warning” (BLD)³³. Pero existe un concepto menos neutral, que identifica discrecionalidad policial con la acción policial basada en un criterio sustancialmente arbitrario como la raza, la orientación sexual, etc. Sin embargo, como adelanté en el Capítulo II, la discrecionalidad es algo diferente de la arbitrariedad sustancial o procedimental. La discrecionalidad no siempre conlleva arbitrariedad y la arbitrariedad puede gestarse fuera de un ámbito de discrecionalidad. Nada

³³ Se define como el poder de decisión que se otorga a los agentes de policía, que les permite decidir si quieren seguir un procedimiento policial o simplemente dejar a alguien con una advertencia. (Traducción propia).

obsta a que un sistema de justicia penal racista opere a través de normas de detalle; en consecuencia, en este capítulo se parte del presupuesto que discrecionalidad y arbitrariedad no son términos coextensibles.

Los patrones de actuación policial arbitraria suelen desarrollarse con más facilidad en los ámbitos de discrecionalidad. Adicionalmente, estos patrones se generan fuera del control último de la ciudadanía. Tal es el caso, en el ejemplo seleccionado para esta parte del trabajo, de los patrones discriminatorios desarrollados por la policía de la provincia de Córdoba en la aplicación de la figura de merodeo (Frontalini et al., 2012, p. 34). Como muestra un informe sobre este caso, existe un colectivo de jóvenes hombres residentes en barrios pobres, sobrerrepresentados en la aplicación de figuras vagas y ambiguas como el merodeo. Este grupo se encuentra sobrerrepresentado en la interferencia o interacción con la policía en la calle, en la detención, en la frecuencia de las detenciones, en la duración de las detenciones y en los maltratos y falta de observancia de las garantías durante la detención. En el caso de los hombres jóvenes de barrios con mayor índice de necesidades básicas satisfechas, la representación de estos índices es menor y prevalece la aplicación de tipos contravencionales menos vagos y asociados a un daño concreto (Ibídem, p.37).

Esta preocupación por el modo en que la policía administra los ámbitos de discrecionalidad se ve reflejada en la cuarta enmienda de la constitución de los Estados Unidos. Allí se dice que “the central meaning of the Fourth Amendment is distrust of police power and discretion” (Tracey Maclin, 1993, pp. 201-202)³⁴. En el caso *Terry v. Ohio*³⁵, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que, para que una detención como la analizada en el artículo 122 esté justificada, se requiere la existencia de una sospecha

³⁴ El significado central de la Cuarta Enmienda es la desconfianza del poder policial y la discreción. (Traducción propia).

³⁵ Terry, p.392

razonable y de un peligro inminente; mucho más de lo que requiere el artículo mencionado en el ejemplo de este capítulo.

Otro problema distinto se plantea cuando el desarrollo de un estereotipo o patrón de actuación policial discriminatorio responde a creencias verdaderas, como las que enuncian que existe un mayor grado de probabilidad de que los miembros de un determinado grupo cometan delitos o contravenciones. El problema con la adopción de estos estereotipos en la administración de la discrecionalidad policial es que, aunque su utilización asegura la eficacia de la aplicación de la norma dado que garantiza un alto porcentaje de positivos verdaderos, siempre genera un porcentaje de falsos positivos. Estos falsos positivos, a diferencia de los falsos positivos originados en la aplicación no basada en estereotipos, tienen la carga adicional de estar motivados en una razón arbitraria, como por ejemplo la posesión de las características que componen el estereotipo. Adicionalmente, los falsos positivos siempre conllevan un mayor costo para el dominio que los beneficios de los positivos verdaderos. Este es un tema del que no me ocuparé aquí, aunque tiene un lugar importante en el debate jurídico y filosófico (Schäuer, 2003; Arena, 2016).

Con todo, se puede decir que la policía posee poder discrecional cuando tiene la opción de interferir o no interferir en las opciones de un ciudadano en base a razones que no están determinadas en la norma, sino que operan caso por caso. En palabras de Albert Reiss: “it can be said that the police have discretion in instances in which the law does not specifically determine which among alternative courses of action must be selected in a particular situation” (Reiss, 1984, p. 89)³⁶. Sin embargo, los ámbitos de discrecionalidad policial no son ilimitados y los funcionarios policiales deben llevar adelante un esfuerzo

³⁶ Se puede decir que la policía tiene discreción en los casos en que la ley no determina específicamente cuál de los cursos de acción alternativos debe ser seleccionado en una situación particular. (Traducción propia).

argumentativo para justificar el encuadre del caso. Así, por ejemplo, en el caso aquí analizado, deben justificar por qué determinada acción cuenta como una “actitud sospechosa” o que razón no cuenta como una “razón atendible”. Deben justificar qué particularidades del caso hacen aplicable la sanción prevista para el merodeo. A medida que la indeterminación es mayor, menos es el esfuerzo argumentativo que deben emprender para justificar una detención. Sin embargo, siempre habrá un límite definido por el objetivo político criminal que inspiró la norma y por los medios autorizados legalmente para alcanzar tal objetivo. Como mencioné en el capítulo anterior, un sistema penal republicano establece límites, cuya vulneración, sean cuales sean las circunstancias, compromete la estabilidad que el objetivo republicano debe aportar.

Dado que la discrecionalidad -o la ausencia de discrecionalidad- en un sistema penal no aporta información suficiente sobre su legitimidad, cabe preguntarse qué justifica la creación de ámbitos de excepcionalidad policial. Siguiendo el razonamiento que Braithwaite y Pettit hacían en 1990, podría decirse que la creación de ámbitos de discrecionalidad policial se justifica en los costos que para el dominio puede implicar una norma de detalle. Así, los legisladores delegan poder discrecional en la policía cuando consideran que una norma de detalle que establece con precisión en qué supuestos interferir, compromete el dominio de los ciudadanos en un nivel mayor que si la elección se deja en cada caso en manos de la policía. Siguiendo el principio de parsimonia, en estos casos el legislador no puede justificar acabadamente que la intromisión del sistema penal en las opciones de los ciudadanos no compromete el dominio, por lo que delega la carga de justificar en la policía, caso por caso y en base a la información particular que le aporta el caso, y que es captada a través de una sensibilidad especial, desarrollada en el marco del ejercicio de ese oficio.

Por otro lado, el principio de parsimonia favorece la existencia de ámbitos de discrecionalidad, bajo el argumento de que estos habilitan otras formas de actuación policial menos invasivas del dominio, como fundadas en el modelo de control basado en el cumplimiento y la disuasión, antes que el modelo basado en el castigo. Algunas de estas formas de interacción han sido mencionadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos:

[T]his sort of police conduct may, for example, be designed simply to help an intoxicated person find his way home, with no intention of arresting him unless he becomes obstreperous. Or the police may be seeking to mediate a domestic quarrel which threatens to erupt into violence. They may accost a woman in an area known for prostitution as part of a harassment campaign designed to drive prostitutes away without the considerable difficulty involved in prosecuting them. Or they may be conducting a dragnet search of all teenagers in a particular section of the city for weapons because they have heard rumors of an impending gang fight³⁷.

En consonancia con lo anterior, puede afirmarse que la existencia de ámbitos de discrecionalidad policial responde a una visión particularista del modo de abordar los conflictos de los que se ocupan los sistemas penales. En consecuencia, este tipo de política se apoya en la existencia de una facultad en los agentes policiales conocida como “olfato policial”. El olfato policial puede caracterizarse como una especial sensibilidad para identificar determinadas características del caso concreto, relevantes a los fines de optar entre las opciones disponibles: detener o no detener; y desarrollar el contenido que justifica la decisión, en caso de que se decida detener. El olfato policial puede dar lugar a dos formas

³⁷ Este tipo de conducta policial puede, por ejemplo, diseñarse simplemente para ayudar a una persona intoxicada a encontrar el camino a casa, sin intención de arrestarla, a menos que se vuelva escandalosa. O la policía puede estar buscando mediar en una disputa doméstica que amenaza con estallar en violencia. Pueden abordar a una mujer en un área conocida por la prostitución, como parte de una campaña diseñada para alejar a las prostitutas, sin la considerable dificultad que entraña su enjuiciamiento. O pueden estar llevando a cabo una barricada de cacheos de todos los adolescentes en una sección particular de la ciudad en busca de armas, ya que han escuchado rumores de una inminente pelea entre pandillas. (Traducción propia).

de actuación: de acuerdo con la primera, la sensibilidad policial hace posible que estos funcionarios funden su decisión en un conjunto de hechos específicos y articulados, aunque estén particularmente vinculados al caso concreto; en la segunda forma de actuación policial, los agentes no necesitan articular razones a favor de seguir un procedimiento, mientras que pueden apoyar su decisión en una corazonada. Esta segunda forma de actuación no puede tener espacio en un sistema penal republicano y se presenta como la contracara de la ética policial responsiva que propondré en el Capítulo VII.

El particularismo de hecho ocupa un lugar importante en la descripción del modo en el que opera la policía. En consonancia con ello, es frecuente la afirmación de que “the real reason behind an arrest is virtually always the actual state of particular social situations” (Bittner, 1967, p.714)³⁸. Bittner refuerza esta idea diciendo que “the effective reasons for the action are not located in the formulas of statutes but in considerations that are related to established practices of dealing informally with problems”(Ídem)³⁹.

Otros autores confirman este punto de vista diciendo que “the discretionary judgment to arrest or not is made in a wide variety of circumstances, for a wide variety of reasons, raising considerations which are not the same in all cases” (Kadish, 1962, p.908)⁴⁰.

Algunos estudios empíricos se ocupan de relevar las razones que son tenidas en cuenta por los funcionarios policiales y cómo operan en el razonamiento policial a la hora

³⁸ La verdadera razón detrás de un arresto es virtualmente siempre el estado real de situaciones sociales particulares. (Traducción propia).

³⁹ Los motivos efectivos de la acción no se encuentran en las fórmulas de los estatutos sino en consideraciones que están relacionadas con prácticas establecidas, consistentes en tratar informalmente con problemas. (Traducción propia).

⁴⁰ La decisión discrecional de arrestar o no se realiza sobre una amplia variedad de circunstancias, por una amplia variedad de razones, planteando consideraciones que no son las mismas en todos los casos. (Traducción propia).

de decidir si seguir con un procedimiento, y qué tipo de actitud adoptar. Algunos de estos estudios concluyeron que:

The two major situational determinants of police discretion are whether police response is internally invoked or citizen-initiated and whether it is a law enforcement or order maintenance situation. These two situational determinants combine to create four types of discretionary situations for law enforcement officers: proactive and reactive law enforcement and proactive and reactive order maintenance (Reiss, 1984, p.87)⁴¹.

Lo que caracteriza al particularismo es que el peso de las características relevantes de un hecho puede variar, como consecuencia de un cambio en las circunstancias; en consecuencia, el legislador haría mal en estipular y establecer en detalle las circunstancias relevantes (Dancy, 2013). Por el contrario, las características relevantes de un hecho castigado deberían quedar indeterminadas, de modo que la policía pueda decidir cuáles circunstancias considerar a favor o en contra de seguir con el procedimiento policial. De acuerdo con esto, una misma razón en un caso podría contar a favor de seguir el procedimiento policial, mientras que en otro podría contar a favor de no interferir. Si la ley estipula el lugar de cada circunstancia en el listado de razones a favor y en contra de proceder a la detención, los problemas de infra y sobreinclusión se multiplican. Los casos de infra y sobreinclusión comprometen el dominio de diferentes maneras. Los casos de infrainclusión comprometen el derecho de las víctimas a ser tratadas del mismo modo que el resto de las víctimas; más específicamente, el derecho a ser tratadas del mismo modo que las víctimas de las infracciones que sí quedaron comprendidas en la norma de detalle. Los casos de

⁴¹ Los dos principales determinantes situacionales de la discreción policial son: si la respuesta de la policía es invocada internamente o iniciada por el ciudadano, y si se trata de una aplicación de la ley o una situación de mantenimiento del orden. Estos dos determinantes situacionales se combinan para crear cuatro tipos de situaciones discrecionales para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: la aplicación de la ley proactiva y reactiva, y el mantenimiento preventivo y reactivo del orden. (Traducción propia).

sobreinclusión comprometen la legitimidad del sistema penal, porque son una expresión de que el principio de parsimonia no se ha observado acabadamente al momento de detallar las circunstancias que justifican una detención. Estas consecuencias pueden ser evitadas si se dota a la policía de un rol más complejo, tendiente a evaluar caso por caso las circunstancias que cuentan a favor y en contra de proceder a la detención preventiva, cuándo no interferir y cuándo recurrir a otros modelos de actuación.

Contrariamente al particularismo, para el generalismo la misma circunstancia debe ser ponderada del mismo modo en todos los casos. Para garantizar esto, resulta necesario que la ley estipule en detalle las razones que cuentan a favor y en contra de detener preventivamente a un ciudadano. Cuál de los enfoques debe prevalecer dependerá de los méritos de cada uno para promover el objetivo republicano. En principio, ninguno de los enfoques es por sí mismo incompatible con el ideal republicano, aunque para esta tradición la regla será el enfoque generalista que garantiza, en términos de una antigua consigna republicana, que gobiernen las leyes y no los hombres. Pero esta afirmación puede relativizarse si existen mecanismos institucionales que garanticen que la ciudadanía tenga el control último sobre el modo en que se administra un ámbito de discrecionalidad. En consonancia con lo analizado hasta aquí, puede concluirse que no existe una incompatibilidad *prima facie* entre la discrecionalidad policial y la libertad republicana. Sobre este argumento avanzaré al final del capítulo.

2. Discrecionalidad policial y libertad

Los ámbitos de discrecionalidad son un tipo de arreglo institucional que parece estar en tensión con los objetivos del estado de derecho, tanto si el ámbito de discrecionalidad se

ubica en el sistema de justicia penal o en cualquier otra área del gobierno. El modelo de decisión de los funcionarios públicos, provisto por el estado de derecho, posee dos ventajas que no pueden ser garantizadas en los ámbitos de discrecionalidad policial (Caracciolo, 2001): en primer lugar, permite prever el contenido de las decisiones particulares de los funcionarios encargados de aplicar la ley; gracias a ello, el modelo aporta certidumbre a los ciudadanos y estos pueden confiar en la ley para guiar sus acciones. En segundo lugar, el estado de derecho hace posible que los ciudadanos cuenten con un criterio para evaluar la decisión de los funcionarios.

La discrecionalidad puede adoptar varias formas, y en función de estas su relación con el estado de derecho varía. A partir de una clasificación aportada por Caracciolo (2001), un tipo de discrecionalidad conlleva la facultad de elegir entre la opción de aplicar o no aplicar el derecho. El autor denomina a este tipo de discrecionalidad como *discrecionalidad ilegal*. Considera que se trata de un tipo de discrecionalidad inevitable en el estado de derecho. Otro tipo de discrecionalidad es la *discrecionalidad reglada*; en este caso, la norma faculta a los funcionarios a realizar una elección entre un conjunto de opciones definidas normativamente; cualquier decisión que los funcionarios adopten dentro del conjunto de opciones puede ser considerada correcta y determinada normativamente por la ley delegante. Finalmente, otro supuesto es el de la *discrecionalidad delegada*; aquí, el legislador ha delegado en funcionarios la facultad de determinar en cada caso el contenido de la decisión.

En el caso de la figura del merodeo, el tipo de discrecionalidad involucrada es la discrecionalidad delegada, en tanto que los funcionarios policiales están facultados para decidir el contenido de la decisión en cada caso. Serán ellos los encargados de determinar qué cuenta como “actitud sospechosa” y “razón atendible”, según las circunstancias del caso y en cada caso, por lo que el modelo de decisión de los funcionarios para los ámbitos de

discrecionalidad policial difiere del modelo de decisión estándar asociado con el estado de derecho. En primer lugar, tal como ocurre en el ejemplo analizado, los ciudadanos no pueden prever el contenido de las decisiones que adoptarán los funcionarios; no pueden anticipar qué contará como “actitud sospechosa” o como “una razón atendible”. Aunque con el paso del tiempo se pueden generar patrones de actuación policial que aporten previsibilidad, estos patrones no comprometen a los agentes en decisiones futuras. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, los ciudadanos carecen de un criterio para evaluar la decisión de los funcionarios.

En qué medida y en qué condiciones la discrecionalidad policial es compatible con la libertad, dependerá del concepto de libertad adoptado. Es común calificar la discrecionalidad como un tipo de fenómeno que compromete la libertad, porque otorga a los funcionarios la facultad de interferir en nuestras opciones en base a sus propios criterios, antes que en base a criterios legalmente definidos. La discrecionalidad impide anticipar si nuestras opciones serán afectadas por el accionar del gobierno o sus funcionarios. En el ejemplo de las puertas, donde cada puerta representa para usted una opción⁴², la discrecionalidad supone que el gobierno o sus funcionarios tienen la facultad de bloquear una puerta, sin que la ley determine previamente qué puerta será bloqueada, cuándo o por qué razones. De acuerdo con la concepción liberal de libertad como no- interferencia, que una de las puertas resulte bloqueada siempre supondrá una pérdida de libertad⁴³. Aunque

⁴² Este ejemplo había sido utilizado por Isaiah Berlin para argumentar en contra de la concepción de libertad de Hobbes, y es retomado por Pettit para mostrar las ventajas de la libertad como no-dominación sobre la concepción del primero (Pettit, 2012, p.32).

⁴³ Qué puerta debe resultar bloqueada para que exista una pérdida de libertad es una cuestión sobre la que difieren los autores Hobbes y Berlin (Hobbes 1994, p.21; Berlin, 1969, p.139). Para el primero, solo la obstrucción de la puerta que es preferida compromete la libertad, mientras que para el segundo autor, la obstrucción de cualquiera de las puertas compromete la libertad (Ídem). La discrecionalidad plantea un desafío especial para la visión de Hobbes, pues cuando la obstrucción de una opción depende de la decisión discrecional de un funcionario, resulta imposible adaptar nuestras preferencias para evitar la frustración que conlleva la

para este enfoque, la interferencia estatal -tanto la originada en un ámbito discrecional como en uno regulado- siempre compromete la libertad, esta puede ser justificada en base al nivel de interferencia que contribuye a evitar. En consecuencia, de acuerdo con esta concepción de la libertad, no existe una respuesta *prima facie* sobre la compatibilidad de la discrecionalidad con la libertad.

Cuando la concepción de libertad como no-interferencia es adoptada como criterio de legitimidad, la legitimidad de una ley delegante de discrecionalidad dependerá del nivel global de interferencia evitado. Conforme a este enfoque, si la discrecionalidad conlleva una reducción de la interferencia proveniente del delito a un costo bajo, en términos de interferencia no habrá razones para cuestionar su legitimidad. La existencia de ámbitos de discrecionalidad policial conlleva posibles ventajas y desventajas que deben ser ponderadas a fin de determinar si la existencia de ámbitos de discrecionalidad policial es algo bueno.

La primera posible ventaja de la discrecionalidad es que permite reducir los casos de sobreinclusión que conlleva la legislación donde se detallan todos los supuestos de su aplicación. Esto es posible gracias a que los funcionarios policiales pueden, aplicando criterios que forman parte de lo que se conoce como “olfato policial”, excluir del ámbito de aplicación de la norma casos que quedarían incluidos si el legislador hubiese determinado detalladamente qué conductas están prohibidas. En consecuencia, la discrecionalidad policial es compatible con un nivel menor de interferencia, en comparación con el nivel de interferencia que necesariamente conlleva la aplicación de una norma de detalle.

La discrecionalidad también puede implicar algunas desventajas para el ideal de la libertad como no-interferencia. La primera desventaja consiste en la posibilidad de

pérdida de una opción. Esto podría evitarse si contamos con información acerca de cómo es probable que los funcionarios utilicen la discrecionalidad, pero este asunto no viene a colación del argumento que aquí interesa.

sobreinclusión de casos, que quedarían excluidos si la norma detallara las circunstancias de su aplicación. Otra desventaja es la posibilidad de desarrollo de patrones discriminatorios en la administración de la discrecionalidad⁴⁴. Al mismo tiempo, la discrecionalidad conlleva el riesgo de infrainclusión, es decir, de no interferencia en los casos en que debería interferirse para evitar un nivel de interferencia mayor. Este nivel de interferencia mayor surge de la suma de la interferencia que conlleva la infracción penal o contravencional más la interferencia del castigo penal o contravencional.

En este enfoque cobra relevancia la idea de que gran parte del problema con la discrecionalidad policial radica en la disposición de los agentes para interferir en casos en los que la interferencia es ineficiente, y no tiene ningún impacto en la reducción del nivel de interferencia proveniente del delito. Se trata de una concepción marginal, vinculada al utilitarismo. Es marginal, pues los autores liberales que suscriben a este concepto de libertad, por lo general, recurren a otros criterios de legitimidad tales como el consentimiento, el carácter justo de las instituciones, etc.⁴⁵ En definitiva, a la luz de la concepción liberal de libertad como no-interferencia, la creación de ámbitos de discrecionalidad policial dependerá de la evaluación de variables que nos permitan conocer la probabilidad respecto a las situaciones en que los agentes policiales incluirán casos que deberían quedar excluidos, o excluirán casos que deberían quedar incluidos. Si los agentes tienden a utilizar la discrecionalidad para excluir casos que deberían quedar excluidos, la discrecionalidad policial en materia contravencional estará justificada, en tanto que significará una disminución de la interferencia estatal. Por el contrario, si los agentes tienden a utilizar tal

⁴⁴ Esto podría dar lugar a casos de discriminación indirecta. Este tipo de discriminación tiene lugar no como consecuencia de que la ley establece criterios discriminatorios, sino porque la ley habilita a que en su aplicación se desarrollen este tipo de prácticas.

⁴⁵ Algunas teorías de la justificación del castigo apelan a esta idea. Tal es el caso de las teorías prevencionistas del castigo.

discreción para incluir casos que deberían quedar excluidos, no estará justificada, porque supondrá un aumento del nivel global de interferencia estatal. Cuál sea la tendencia preponderante en la práctica dependerá de muchos factores, como la formación profesional, la ética policial y los estímulos que reciben los funcionarios de parte de sus superiores⁴⁶. De esto se sigue que el grado de legitimidad que pueda alcanzar un sistema penal de este tipo dependerá en gran medida, sino exclusivamente, del entrenamiento y la formación policial.

Quienes adoptan una versión positiva de libertad, como base para una teoría de la legitimidad, sostienen que la legitimidad de los ámbitos de discrecionalidad policial depende de su *pedigree*. Volviendo al ejemplo de las puertas: el hecho de que haya sido usted quien delegó al portero la facultad de abrir o cerrar conlleva que, si usted encuentra la puerta cerrada o si está sujeto a la voluntad del portero, no tiene de qué quejarse en términos de libertad. Si las instituciones que conforman el sistema penal, incluidos los ámbitos de discrecionalidad delegada, son producto del autogobierno democrático, entonces estas no comprometen la libertad y, por lo tanto, son legítimas. De modo que, si los ámbitos de discrecionalidad delegada poseen un origen democrático, tenemos que aceptar que son legítimos, aun cuando en el ejercicio de la discrecionalidad se originen relaciones de dominación.

En el ejemplo analizado no habría nada que objetar en términos de legitimidad al Código de Convivencia, a pesar de que acordamos que se trata de una legislación que compromete la libertad de miles de jóvenes. Como mucho, podría cuestionarse el origen democrático de esta ley, apelando a concepciones más sofisticadas de democracia. Pero una

⁴⁶ Es probable que un sistema penal que recompensa a la policía por el número de detenciones tenga una tasa elevada de falsos positivos, es decir, el tipo de interferencia estatal que no contribuye a la reducción del nivel general de interferencia.

vez satisfechas las condiciones impuestas por estos enfoques, los ciudadanos perderían la posibilidad de cuestionar los procedimientos policiales en nombre de la legitimidad. Debe tenerse en cuenta que la creación de ámbitos de discrecionalidad suele ser un medio para promover o avalar prácticas discriminatorias, sin que estas sean explícitamente reconocidas por la legislación. Este tipo de leyes pueden recibir el apoyo de las mayorías con facilidad, sobre todo el apoyo de aquellos que saben que sus opciones no serán afectadas por la práctica discriminatoria.

Estas posiciones teóricas han tenido preponderancia en el debate político criminal, lo que explica por qué, hasta el momento, las críticas sobre la dominación que promueve la discrecionalidad policial en materia contravencional han estado centradas en dos aspectos principalmente: en el tipo y cantidad de interferencia que habilita tal discrecionalidad, y en el impacto de la formación profesional y ética policial en su predisposición para interferir sobreincluyendo casos⁴⁷. También estas teorías permiten dar cuenta de por qué la crítica a los casos de abuso policial se ha dirigido a la legislatura y a la policía -como parte del poder ejecutivo-, mientras que la responsabilidad de los jueces encargados de controlar los

⁴⁷ A esto se suman otros factores que son contingentes en relación con el tipo de discrecionalidad aquí analizado. Tal sería el caso de las presiones, incentivos u órdenes para realizar determinado número de detenciones, lo que por lo general da lugar a un gran número de falsos positivos, pero que encuadran en un caso de discrecionalidad ilegal. En 2015 fue condenado el ex comisario Pablo Márquez por coacción y abuso de autoridad. La justicia encontró responsable al ex comisario de haber coaccionado a sus inferiores a realizar un número de detenciones por aplicación del Código de Faltas de Córdoba, aún frente a la inexistencia de motivo. “Pablo Alejandro Márquez, quien ostentaba el cargo de comisario en el Comando de Acción Preventiva de la Policía de la Provincia de Córdoba del Distrito Policial N° VIII, ordenaba a sus subordinados que realizaran aprehensiones de ciudadanos, aún sin causa, mediante la aplicación de distintas figuras del Código de Faltas (ley 8431), siendo las más usadas el “merodeo”, el “escándalo en la vía pública” y la ingesta de bebidas alcohólicas en dicho lugar (arts. 98, 52 y 61 del CF). (...) Les exigía al menos dos detenidos por turno a sus subordinados, para de esta manera lograr hacer un “colchón” de personas detenidas por contravenciones, que contrarrestaran los hechos delictivos que pudiesen ocurrir y generar, asimismo, frente a sus superiores y a la ciudadanía en general, una impresión de eficiencia y efectividad; lo cual no ocurrió, ya que el delito aumentó en dicho período. Todo ello, lo hacía a sabiendas de que las órdenes que impartía eran ilegales por violentar las normas que regulan la materia” (fragmento de la sentencia). “Márquez, Pablo Alejandro p.s.a. abuso de autoridad reiterado” (SAC N° 1068483).

procedimientos policiales ha quedado en un segundo plano. La razón de que el debate haya tomado este rumbo parece responder a la preponderancia del concepto liberal de libertad como no-interferencia en el debate político criminal. Esto también explica el énfasis puesto en el aumento o disminución del número de arrestos⁴⁸.

Para la tradición republicana, este tipo de razonamiento que planteamos resulta inadecuado por varios motivos: en primer lugar, y como vimos, para el republicanismo la interferencia estatal por sí misma no compromete la libertad (Pettit, 1997; 2012), por lo que el nivel global de interferencia no nos aporta ninguna información valiosa para determinar si una política es o no legítima. Solo la interferencia estatal dominadora compromete la libertad como no-dominación. En consecuencia, la interferencia estatal originada en la aplicación de los artículos 71 y 122 comprometerá la libertad solo si puede ser calificada como dominadora. Además, el republicanismo, dada su concepción robusta de la libertad, no acepta que nuestras opciones no dominadas dependan de circunstancias contingentes, como la predisposición de la policía para reducir los casos de sobreinclusión o la formación profesional. Adicionalmente, la concepción republicana de libertad supone que esta puede resultar comprometida aún en ausencia de interferencia por el simple hecho de que las opciones de los ciudadanos se encuentren atadas a la voluntad de un agente dominador (Pettit, 1997; 2012).

De modo que, cuando la existencia de ámbitos de discrecionalidad policial aumenta, conserva o disminuye el nivel de interferencia estatal, esto no nos dice nada acerca de si estamos más o menos dominados que antes. Volviendo al ejemplo de las puertas: encontrar todas las puertas abiertas no me hace un ciudadano libre. Tal situación puede deberse a la

⁴⁸ <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/dicen-que-bajo-82-la-cifra-de-detenidos-por-contravenciones>

gracia de quien tiene el poder de cerrarlas y a cuya voluntad me encuentro sometido (Pettit, 2012, p.32). Adicionalmente, si alguna de las puertas ha sido bloqueada por el gobierno de un modo que no lo deja a usted sujeto a una voluntad ajena, tal situación no compromete su libertad. Qué condiciones deben observarse para que la interferencia estatal no comprometa la libertad es una cuestión que ha generado controversias al interior del debate republicano⁴⁹.

Es fácil asociar la discrecionalidad con el tipo de arbitrariedad que compromete la libertad. Sin embargo, esta interpretación ha sido descartada (Lovett, 2010a) toda vez que un orden institucional integrado por leyes de detalle, que reduzca al máximo los ámbitos de discrecionalidad, no es por esa razón menos dominador que otro con ámbitos de discrecionalidad. En este sentido, Lovett afirma que:

‘Discretionary’ is much closer to the relevant meaning of arbitrary, but it is not quite right either. Discretionary power might be delegated to a public agency with a view to advancing certain policy goals or ends—as for example Congress has delegated discretionary authority to the Federal Reserve—but we would not want to say that this reduces our freedom (or, at any rate, not so long as that discretionary authority is appropriately answerable to a common knowledge understanding of the goals or ends it is meant to serve and the means it is permitted to employ) (Lovett, 2014)⁵⁰.

En consecuencia, el debate y la evaluación de este tipo de política se ha privado de las ventajas explicativas y normativas del ideal republicano. El debate no ha incorporado la dimensión de la dominación sin interferencia ni su contracara, el poder incontrolado de

49 Este debate ha sido reconstruido en el Capítulo II y para el desarrollo del trabajo he adoptado la última versión del concepto de libertad como no-dominación de Pettit que requiere que, para que la interferencia estatal no comprometa la libertad, esté sometida a un sistema de control popular.

⁵⁰ ‘Discrecional’ es mucho más cercano al significado relevante de arbitrariedad, pero no está del todo bien tampoco. El poder discrecional puede ser delegado a una agencia pública con el fin de avanzar ciertos objetivos o fines políticos como, por ejemplo, el Congreso ha delegado autoridad discrecional a la Reserva Federal, pero no queremos decir que esto reduce nuestra libertad (o, en todo caso, no mientras la autoridad discrecional responda apropiadamente a un conocimiento común sobre los objetivos o fines a los que debe servir y los medios que se le permiten emplear). (Traducción propia).

interferencia. La ausencia de control ciudadano sobre la discrecionalidad delegada parece una mejor explicación del desarrollo de patrones discriminatorios y el aumento de falsos positivos. Además, la concepción contestataria de ciudadanía provista por el republicanismo parece una explicación de por qué criticamos los arrestos de ciudadanos que se oponen y piden razones, filman u observan los procedimientos policiales.

Otra postura al interior del debate político criminal sobre la discrecionalidad policial en materia contravencional se centra exclusivamente en la responsabilidad de la policía. De acuerdo con este punto de vista, una formación profesional, jurídica y ética sería condición suficiente para eliminar las detenciones arbitrarias. Este argumento descansa en el desarrollo de una ética policial que limite el número de arrestos arbitrarios. Sin embargo, la presencia de determinadas virtudes entre los agentes policiales no es una condición suficiente para la protección de la libertad como no-dominación. La libertad como no-dominación de los ciudadanos exige que, dado su carácter robusto, en un rango de mundos posibles, donde los hábitos de civilidad, buena voluntad o ética policial varían en diferentes grados, el poder de interferencia de la policía se encuentre bajo nuestro control⁵¹.

En el próximo apartado me ocuparé de identificar cuál era el lugar de la discrecionalidad en la teoría republicana de la justicia penal para los sistemas penales de Braithwait y Pettit.

⁵¹ Aunque el desarrollo de una ética policial no es una condición suficiente para la legitimidad, es una condición necesaria. En el Capítulo VII me ocuparé de este punto y propondré una ética policial responsable, basada en el carácter contestatario de la ciudadanía republicana.

3. La discrecionalidad policial en la teoría de Braithwaite y Pettit

Sin mayor detenimiento y profundidad, Braithwaite y Pettit se preguntaron en qué medida debe otorgarse discrecionalidad a diversos agentes del sistema (Braithwaite y Pettit, 1990, p.36). La principal razón que encuentran a favor de la discrecionalidad policial es que esta habilita otros modelos de actuación policial menos hostiles para el dominio de los ciudadanos. Estos modelos de intervención policial son menos hostiles para la libertad y más eficaces para la protección de la libertad de quienes se ven amenazados por el delito. Al mismo tiempo, estos esquemas de actuación policial se ajustan mejor a las exigencias del principio de parsimonia que, como vimos, establece una presunción en contra de cualquier acto de interferencia de los sistemas penales y sus funcionarios. Sin embargo, su implementación exige una mayor cercanía con el conflicto, sus actores y el contexto. Los funcionarios de la policía son quienes cumplen mejor estas condiciones.

Otra de las cuestiones que abordan los autores es cómo debe distribuirse la discrecionalidad dentro del sistema de justicia penal. Los autores asumen que cualquier decisión sobre este aspecto, tomada en un subsistema, puede impactar en el nivel de discrecionalidad de otros subsistemas (Braithwaite y Pettit, 1990, p.37). En consecuencia, una política destinada a reducir la discrecionalidad en un ámbito puede tener efectos contraproducentes si se diseña aisladamente para un subsistema. Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, cuando, con el objeto de reducir la discrecionalidad judicial en la determinación de las penas (objetivo adoptado por el neorretribucionismo) frente al trato desigual en la distribución del castigo, tuvo como efecto secundario que se ampliara la discrecionalidad de la fiscalía (Ídem). Esta reconfiguración de la distribución de la discrecionalidad resultó contraproducente, dado el esquema de rendición de cuenta y de control ciudadano para el

caso de la discrecionalidad judicial, y para el caso de la discrecionalidad de otros funcionarios como los fiscales (Braithwaite y Pettit, 1990, p.38). Los fiscales, cuyos puestos dependen en gran medida de la opinión pública, terminaron teniendo más discrecionalidad que los jueces y usándola en perjuicio de los grupos minoritarios o poco populares.

Si tomamos en cuenta el esquema de responsabilidad y rendición de cuentas de los funcionarios que administran un ámbito de discrecionalidad policial, existen razones para eliminarlos, porque el esquema de rendición de cuentas de la policía es uno de los más escuetos dentro de la administración pública. En comparación con ellos, los jueces que juzgan las contravenciones tienen un esquema de rendición de cuentas más amplio, por lo que este puede ser un criterio a favor de la discrecionalidad de los jueces antes que a favor de la de los fiscales. Sin embargo, a diferencia del ejemplo del párrafo anterior, existen razones basadas en la libertad como no-dominación de la víctima y del infractor, a favor de la intervención discrecional de la policía. Los jueces y fiscales intervienen una vez que se ha cometido el delito, mientras que, en la mayoría de los casos, la policía puede intervenir antes o durante su comisión. Esta es una ventaja en términos de resolución parsimoniosa del conflicto.

Otra variable que consideran los autores es el hecho de que diferentes actores del sistema persiguen, a través del modo en que administran los ámbitos de discrecionalidad, la promoción de determinados valores o metas. Si se restringe la discrecionalidad de los actores pertenecientes a un subsistema, esto puede recargar a los actores de los demás sistemas (Braithwaite y Pettit, 1990, p.41). Adicionalmente, la restricción puede tener lugar en el subsistema que se encuentra en mejores condiciones para promover el objetivo. Por ello es importante determinar previamente quién está en mejores condiciones de cumplir con la meta propuesta.

En cuanto al rol que cumple la policía en los sistemas penales, ambos autores señalan que las políticas que lo regulan deben basarse en el principio de parsimonia. Como vimos, este principio establece la obligación de justificar cualquier acto potencialmente invasivo del dominio, mientras que elimina la carga de justificar su eliminación o ausencia. Pero yendo a lo más específico, concluyen los autores en que el principio de parsimonia favorece la discrecionalidad policial. A favor de esta conclusión, sostienen que los ámbitos de discrecionalidad policial delegada hacen posible la implementación de otros modelos de actuación policial no centrados en la detención y el arresto. En los ámbitos de discrecionalidad policial, el desarrollo de una práctica policial basada en modelos de control social de cumplimiento y disuasión es más probable (Braithwaite y Pettit, 1990, p.132; Reiss, 1984). Por ejemplo, si la policía se encuentra con una persona alcoholizada deambulando cerca de su casa, puede convencer a esta persona de irse a su casa antes de que cause un daño y deba ser castigada en consecuencia, o antes de continuar embriagándose y acabar dañándose a sí mismo.

A pesar de las ventajas de los ámbitos de discrecionalidad policial señaladas por Braithwaite y Pettit, su defensa no es cosa sencilla al interior de la teoría republicana de la justicia penal. El inconveniente en reconocer la compatibilidad entre el objetivo republicano y la discrecionalidad policial es que esta última pone en duda alguna de las ventajas de la adopción del objetivo republicano para los sistemas penales. En primer lugar, la discrecionalidad policial parece el tipo de política que compromete la asignación estable de derechos. La verdad de esta afirmación dependerá de la amplitud del ámbito de discrecionalidad; cuando el ámbito de discrecionalidad reconoce límites claros que resultan compatibles con determinados derechos, no compromete la estabilidad de tales derechos. Pero no siempre la ley que delega discrecionalidad establece límites. Tomemos como

referencia el derecho a no ser castigados por acciones inocuas. El ámbito de discrecionalidad policial tomado como ejemplo es compatible con la vulneración de este derecho, a través de decisiones particulares. Supongamos que un policía, basado en un prejuicio contra los jóvenes que utilizan remeras revolucionarias, al encontrarse con uno sospecha que este comenzará a repartir panfletos en contra del sistema capitalista. La sospecha se basa en un prejuicio, pero el objeto de la sospecha, es decir, que el joven repartirá panfletos con consignas políticas inofensivas, es además una acción inocua. Sin embargo, cuando los ámbitos de discrecionalidad policial no determinan límites basados en los derechos que todo sistema penal republicano debe reconocer, comprometen la estabilidad de estos. La estabilidad queda comprometida, aunque sea poco probable que este tipo de acción tenga lugar, porque los límites del poder punitivo que establecen tales derechos ahora dependen de una multiplicidad de agentes y sus decisiones en cada caso.

El segundo problema con los ámbitos de discrecionalidad policial es que pueden debilitar la motivación de los funcionarios por los límites al poder punitivo establecidos por aquellos derechos. Cuando la ley determina los límites de la actuación policial, motiva a los funcionarios a su observancia a través de los costos que conlleva su incumplimiento; pero cuando esos límites no son claros, como en el caso analizado, la fuerza normativa de los límites disminuye; en consecuencia, la motivación por el respeto de los derechos se debilita con la existencia de ámbitos de discrecionalidad policial.

Para resolver estos problemas, Braithwaite y Pettit introdujeron en su teoría el principio de control del poder. Este principio establece un condicionante para la administración de la discrecionalidad policial, en tanto sujeta las decisiones adoptadas por la policía en los ámbitos de discrecionalidad a mecanismos de control ciudadano. A través de estos mecanismos, los funcionarios deben dar cuenta del modo en que administran el

poder delegado; sin embargo, los autores afirman que este principio se dirige únicamente a proteger la dimensión subjetiva de la libertad como no-dominación. La dimensión subjetiva de la libertad refiere al conocimiento común de que todo individuo recibirá el tratamiento que corresponde (Braithwaite y Pettit, 1990, p.109). En este contexto, los autores afirman:

Incluso cuando se otorga capacidad discrecional en algunos asuntos a autoridades como la policía, los fiscales o los jueces, su poder aún puede ser sometido a controles contra el prejuicio o el capricho. Los mecanismos de apelación o queja representan un tipo de control; los requisitos de que los agentes respondan por el ejercicio de su discreción constituyen otros. Esos mecanismos protegen el componente subjetivo del dominio de las personas (Ídem).

En el próximo capítulo me focalizaré en analizar los ámbitos de discrecionalidad policial, a la luz de los requerimientos de la estructura teórica propuesta en el capítulo anterior. Como vimos, la teoría republicana para los sistemas penales debe reformarse cuando se adopta la nueva concepción de libertad como no-dominación y el ideal de legitimidad desarrollado por Pettit en *On the people's terms*. En la última versión de la teoría de la legitimidad de Pettit, el control del poder deja de ser un principio intermedio que establece qué conductas son requeridas para alcanzar el ideal y pasa a ser parte del ideal de legitimidad. Esto se debe a la evolución de su concepción de la libertad como no-dominación. De acuerdo con esta concepción:

The republican lesson about uncontrolled interference has often been formulated in the claim that, provided it is non-arbitrary, interference does not subject you to an alien will. Arbitrary interference, on this interpretation, is interference practised in accordance with the arbitrium, 'will', of another. It is precisely what I describe here as uncontrolled interference: that is, interference that is exercised at the will or discretion of the interferer; interference that is

uncontrolled by the person on the receiving end (Skinner 2008a). (Pettit, 2012, p.58)⁵².

La respuesta republicana a la pregunta sobre la legitimidad de los ámbitos de discrecionalidad exige una revisión de la teoría republicana para los sistemas penales que incorpore el control del poder como parte del estado de cosas definido como deseable por el ideal regulativo. Las conclusiones de este ejercicio tienen dos ventajas: en primer lugar, pueden aplicarse también a otros ámbitos de discrecionalidad (que son parte de los sistemas penales, como de otros sistemas); en segundo lugar, pueden requerir un reajuste de la teoría republicana para los sistemas penales que promueva la coherencia entre los distintos elementos que la componen.

⁵² La lección republicana sobre la interferencia incontrolada ha sido formulada con frecuencia en la afirmación de que, siempre que no sea arbitraria, la interferencia no lo somete a una voluntad ajena. La interferencia arbitraria, en esta interpretación, es interferencia practicada de acuerdo con el *arbitrium*, o “voluntad”, de otro. Es precisamente lo que describo aquí como interferencia incontrolada: es decir, interferencia que se ejerce a voluntad o discreción del interferente; interferencia que no está controlada por la persona en el extremo receptor (Skinner 2008a). (Pettit, 2012, p.58). (Traducción propia).

CAPÍTULO V

LA LEGITIMIDAD REPUBLICANA DE LA DISCRECIONALIDAD POLICIAL

1. El control popular de los ámbitos de discrecionalidad policial

Este capítulo es central porque tiene por objetivo analizar las condiciones de la legitimidad republicana de los ámbitos de discrecionalidad apelando al caso de las detenciones por merodeo. Como ya se dijo la pregunta sobre la legitimidad de una ley o institución es una pregunta cuya respuesta no depende del carácter justo de la ley o de la institución. La legitimidad es una característica de las instituciones que nos da una razón independiente del contenido para obedecerla. Se trata de una razón indirecta, que establece una obligación *pro tanto* de obedecer las leyes legítimas. Además, obliga a los ciudadanos a que sus intentos de cambiar una ley o institución injusta sean canalizados institucionalmente, y que el castigo a un acto de desobediencia a una ley legítima sea aceptado, de acuerdo con el ideal republicano de legitimidad aquí suscripto:

Legitimacy imposes a *pro tanto* moral obligation, then, if you oppose certain laws or measures – and given different conceptions of justice, everyone will be disposed to challenge some – to oppose them in ways allowed by the system: to stop short of revolution or rebellion or, in an older word, resistance. It makes it permissible, invoking justice or some other virtue, to oppose certain laws within the system: in a word, to contest them. But it makes it impermissible to reject or resist the regime itself (Pettit, 2012, p.137)⁵³.

⁵³ La legitimidad impone una obligación moral *pro tanto* de, si te opones a ciertas leyes o medidas -y dado que existen diferentes concepciones de justicia todos estarán dispuestos a desafiar a algunas-, oponerse a ellas en las formas permitidas por el sistema: detenerse antes de la revolución o la rebelión o, en una palabra más

La pregunta sobre la legitimidad republicana de los ámbitos de discrecionalidad policial es una pregunta sobre su compatibilidad con la libertad como no-dominación de los ciudadanos, cuyas opciones quedan sujetas al poder de interferencia de la policía, un poder de interferencia que *prima facie* parece estar aislado de la influencia popular. De acuerdo con la última concepción de libertad como no-dominación de Pettit:

Someone, A, will be dominated in a certain choice by another agent or agency, B, to the extent that B has a power of interfering in the choice that is not itself controlled by A. When I say that B has a power of interference I mean that B has the unvitiated and uninvasion capacity to interfere or not to interfere. And when I say that that power of interfering is not controlled by A, I mean that it is not exercised on terms imposed by A: it is not exercised in a direction or according to a pattern that A has the influence to determine (Pettit, 2012, p.50)⁵⁴.

Desde que el contenido o la dirección del poder discrecional permanece total o parcialmente indeterminado, evaluar los ámbitos de discrecionalidad policial que aquí interesan plantea un desafío,⁵⁵. El contenido de este tipo de leyes dependerá en gran medida, sino totalmente, de las decisiones particulares de los funcionarios, adoptadas con posterioridad a la creación de la ley. A pesar de esto, no existe obstáculo para preguntarnos sobre la legitimidad de este tipo de políticas, porque la respuesta a esta pregunta es independiente del contenido que las decisiones particulares o patrones de actuación policial

antigua, resistencia, hace que sea permisible, invocando a la justicia o a alguna otra virtud, oponerse a ciertas leyes dentro del sistema: en una palabra, contestarlas; pero hace que no sea permisible rechazar o resistir el régimen mismo (Pettit, 2012, p.137).

⁵⁴Alguien, A, estará dominado en una determinada opción por otro agente o agencia, B, en la medida en que B tiene un poder de interferir en la opción que no está bajo el control de A. Cuando digo que B tiene un poder de interferencia, quiero decir que B tiene la capacidad no invalidada y no invadida de interferir o no interferir. Y cuando digo que ese poder de interferir no está controlado por A, quiero decir que no se ejerce en los términos impuestos por A: no se ejerce en una dirección o según un patrón sobre el que A tiene influencia para determinar. (Traducción propia).

⁵⁵ En otros casos la ley delegante de discrecionalidad se basa en razones o establece límites que pueden ser consideradas injustos. En este caso puede evaluarse la justicia de este tipo de arreglos.

otorguen a estos ámbitos.

El poder de interferencia incontrolado viene a ocupar el lugar que desde 1997 ocupaba el poder de interferencia arbitrario en la teoría pettitiana de la libertad. La razón del abandono del lenguaje de la arbitrariedad se vincula a que Pettit considera ahora que se trata de una terminología con algunas instancias de aplicación engañosas. En este sentido afirma que:

In one usage, arbitrary interference is interference that is not subject to established rules. But interference that conforms to rules, and is non-arbitrary in that sense, may still be uncontrolled by you and can count as arbitrary in our sense. In another usage, arbitrary interference is interference that is wrong or objectionable, so that what is arbitrary from one evaluative standpoint may not be arbitrary from another. But while uncontrolled interference is going to count as uniformly objectionable in most moral views, even those who adopt a contrary view –even someone, for example, like Hobbes –ought to be able to agree on whether, and to what extent, an act of interference counts as uncontrolled and arbitrary in our usage. On that usage the term has a perfectly descriptive, determinable meaning and people can agree on when it applies and when it does not apply, independently of differences in the values they espouse; it is not a value-dependent or moralized term (Pettit, 2012, p.58)⁵⁶.

⁵⁶ En un uso, la interferencia arbitraria es una interferencia que no está sujeta a las reglas establecidas. Sin embargo, la interferencia, que no es arbitraria en este sentido, puede seguir siendo descontrolada por usted y puede considerarse arbitraria en nuestro sentido. En otro uso, la interferencia arbitraria es una interferencia que es incorrecta o censurable, de modo que lo arbitrario desde un punto de vista evaluativo puede no ser arbitrario desde otro. Pero mientras que la interferencia incontrolada va a contar como uniformemente objetable en la mayoría de las opiniones morales, incluso aquellos que adoptan un punto de vista contrario, incluso a alguien, por ejemplo, como Hobbes, deben ser capaces de ponerse de acuerdo sobre si, y en qué medida, un acto de interferencia cuenta como incontrolado y arbitrario en nuestro uso. En este sentido, el término tiene un significado perfectamente descriptivo y determinable y la gente puede acordar cuándo se aplica y cuándo no se aplica, independientemente de las diferencias en los valores que adoptan; no es un término dependiente del valor o moralizado. (Traducción propia).

Esta evolución de la concepción de la libertad como no-dominación afecta tanto al ámbito de las relaciones horizontales que se entablan entre ciudadanos, como a la relación entre el sistema penal y los ciudadanos. Del primero se ocupa la teoría republicana de la justicia social, mientras que del segundo lo hace la teoría republicana de la legitimidad (Pettit, 2012; 2012a). Los sistemas penales deben rendir cuenta en ambos ámbitos y, en consecuencia, la discrecionalidad policial es una política que puede ser evaluada en ambos ámbitos. En la dimensión de la justicia social, los ámbitos de discrecionalidad policial deben dar cuenta de que promueven la libertad como no-dominación, poniendo bajo el control de los ciudadanos el poder de interferencia que cuenta como delito de un modo más eficiente. Por otro lado, en la dimensión de la legitimidad, una política que contempla ámbitos de discrecionalidad policial debe dar cuenta de que se encuentra sometida al control último de los ciudadanos.

Así, la legitimidad republicana exige que el poder de interferencia discrecional esté bajo el control último de los ciudadanos. Cuando esto ocurre, el poder discrecional, como la interferencia discrecional, resultan compatibles con la libertad como no-dominación de los afectados. La compatibilidad entre la interferencia discrecional y la libertad como no-dominación es posible dado que:

The interference that I or any others practice in a choice of yours will not impose an alien will, and not therefore invade your freedom of choice, to the extent that my discretion in exercising interference is subject to your control: it is shaped by your influence so as to assume a form that appeals to you; it materializes on terms that you dictate (Pettit, 2012, p.57)⁵⁷.

⁵⁷ La interferencia que yo o cualquier otro practicamos, en su elección no impondrá una voluntad ajena, y por lo tanto, no invadirá su libertad de elección; en la medida en que mi discreción al ejercer la interferencia esté sujeta a su control: está moldeada por su influencia de manera que adopta una forma que le gusta; se materializa en los términos que usted dicta. (Traducción propia).

Si se aplica el ideal de legitimidad de Pettit al caso analizado, podemos afirmar lo siguiente: el control popular requiere que los ciudadanos tengan acceso al ejercicio de una influencia direccionada sobre el modo en que la policía administra el ámbito de discrecionalidad. Para tener control sobre el modo en que la policía administra la discrecionalidad delegada, los ciudadanos deben tener influencia sobre el proceso de toma de decisión que conduce al resultado; puesto en otras palabras: los ciudadanos deben poder influir en el proceso de toma de decisión de la policía. Este requisito parece extraño, dado que los ámbitos de discrecionalidad aquí analizados suponen una delegación en la policía del proceso de toma de decisión. Como veremos, esta es una contradicción aparente. Por otro lado, el control republicano exige que los ciudadanos puedan imponer una dirección relevante sobre el proceso, ayudando a que el resultado adecuado acontezca. Por ello, se exige que la influencia popular imprima una dirección aceptable al proceso (Pettit, 2012, p.170). Sin embargo, no está claro qué cuenta como aceptable. Pettit se ocupa de aclarar que aquí la aceptabilidad no tiene un significado normativo que dependa de un valor externo y diferentes a la libertad como no-dominación. Solamente se requiere que la dirección impresa resulte aceptable para quienes están dispuestos a vivir en igualdad de condiciones con los demás. En definitiva, qué cuenta como una dirección aceptable dependerá de los principios intermedios incorporados a la teoría; estos pueden estar informados por otros valores, que ocupan un rol instrumental en relación con el ideal de legitimidad que se apoya en el valor de la libertad como no-dominación.

Pero el control popular requerido para el ideal de la legitimidad republicana no es cualquiera. La concepción republicana de control ciudadano responde al problema de la legitimidad argumentando a favor de un control ciudadano institucionalizado. Esta concepción sostiene que, si los ciudadanos controlan la interferencia practicada por el

gobierno, entonces no pueden sufrir dominación de manos de sus gobernantes y pueden seguir disfrutando de su libertad en relación con el Estado (Pettit, 2012, p.153). El control puede ser intencional o no intencional. El paradigma es el del control intencional. En este caso, los deseos y creencias del agente controlador determinan la dirección impresa a la influencia. Ello no obsta a que el control funcione también de manera no intencional, a través de un dispositivo mecánico que ejerza una influencia direccionada. Un ejemplo de esto podría ser un dispositivo mecánico que selecciona, en base al azar, procedimientos policiales con el fin de solicitar una rendición de cuentas sobre los criterios utilizados para resolver el caso. Otro ejemplo de control no intencional en el ámbito contravencional es el que ejercen los menores a través de determinadas reparticiones del Estado destinadas a resguardar sus intereses.

Para que los ámbitos de discrecionalidad policial estén sometidos a control popular no son requeridas acciones positivas de parte de los ciudadanos. Esto es así porque la influencia que los ciudadanos ejercen a través de diferentes mecanismos de control puede adoptar varias formas. Así, la influencia puede ser activa, virtual o de reserva. La influencia activa es la que tiene lugar cuando los ciudadanos intervienen en el proceso de toma de decisión, con el objetivo de que la discrecionalidad policial adopte determinada dirección. La influencia virtual tiene lugar cuando existen mecanismos que garantizan que, en caso de ser necesario, los ciudadanos podrán intervenir para ajustar el modo en que se administra la discrecionalidad policial. La influencia de reserva garantiza que los ciudadanos puedan intervenir si deciden imprimir una dirección sobre la discrecionalidad inexistente hasta el momento.

¿Cómo funciona el control popular en el ámbito contravencional? Esta se garantiza a través de un sistema institucional que permita a los ciudadanos eliminar la discrecionalidad

delegada, delimitarla de otro modo o ampliarla. A través de la influencia popular, se eleva la probabilidad de que determinado resultado acaezca. En el caso analizado, la influencia que tiene lugar a través de un mecanismo de control hace más probable que la discrecionalidad sea administrada de determinado modo. El aumento de la probabilidad de un resultado será una consecuencia de la introducción de un *input*, que varía de acuerdo con el tipo de control ejercido. En el caso de la influencia activa, ese factor consiste en un hecho real, mientras que en el caso de las influencias virtual y de reserva esa influencia consiste en una disposición de parte de quien controla (Pettit, 2012, p.156).

Además, debe tenerse en cuenta que el control es algo diferente del consentimiento, por lo que el ideal regulativo de Pettit se diferencia de aquellas concepciones que consideran que el consentimiento otorgado a la ley delegante de discrecionalidad es una condición suficiente para su legitimidad, con independencia de cómo sea empleada y de si los ciudadanos pueden controlar cómo es administrada. Estas teorías tienen el problema de no poder dar cuenta de actos de contestación tendientes a influir sobre el modo en que se administra la discrecionalidad, o sobre la existencia misma del ámbito de discrecionalidad; se ven comprometidas con la afirmación de que la contestación individual de una ley consentida compromete la legitimidad democrática de la ley delegante. De acuerdo con este punto de vista, la contestación puede convertirse en el tipo de fenómeno que compromete la legitimidad, antes que favorecerla. Por el contrario, desde el punto de vista republicano aquí adoptado, el control sobre un ámbito de discrecionalidad no compromete la legitimidad de la ley delegante ni niega la autoridad de la asamblea que lo creó. Esto es así porque este ideal de legitimidad republicana otorga a los ciudadanos un poder de edición antes que de autoría. Esto aparece como una consecuencia de que el consentimiento no nos da ninguna herramienta para defendernos de la dominación estatal una vez que ha sido otorgado. En este

sentido, Pettit afirma que: “these observations should help to explain why thinkers in the republican tradition do not give much weight to consent, or at least to a form of consent that leaves you under a will that you do not control” (Pettit, 2012, p.158)⁵⁸.

Por esta razón, las exigencias de la legitimidad republicana no se reducen a un momento, ni al de la autoría, ni al del cálculo de costo-beneficio de interferencia; se extienden más allá, a través de un sistema de continua edición y control ciudadano. Esta conclusión resuena en el antiguo postulado republicano de Thomas Jefferson, que afirma que el precio de la libertad es la eterna vigilancia. Por otro lado, para el republicanismo, la legitimidad es una exigencia de protección de la libertad como no-dominación frente al Estado, que no puede descansar únicamente en la buena voluntad o la buena predisposición de los funcionarios. Se requiere de un dispositivo externo que garantice la influencia popular sobre el proceso de toma de decisión de la policía; de modo que las virtudes policiales o la capacitación profesional no son condiciones suficientes para la protección de la libertad como no-dominación. El control republicano debe tener lugar a través de un sistema de influencia que sea individualizado, dando a cada ciudadano una participación igualitaria en el control del gobierno, incondicionado, esto es, robusto sobre los cambios de voluntad del gobierno controlado, y eficaz, es decir, intuitivamente suficiente para proteger a los ciudadanos frente a la dominación del gobierno (Pettit, 2012, pp.160-179).

Dado que el objetivo del control es eliminar la dominación estatal, el control popular que propone Pettit tiene determinadas características. Este requiere la existencia de un sistema de influencia popular individualizado, incondicionado y eficaz, que ponga bajo el

⁵⁸ Estas observaciones deberían ayudar a explicar por qué los pensadores de la tradición republicana no dan mucho peso al consentimiento, o al menos a una forma de consentimiento que te deja sometido una voluntad que no controlas. (Traducción propia).

control de la ciudadanía el poder que se encuentra en manos de la policía -en el ámbito de discrecionalidad delegado-. Un sistema de control individualizado conlleva el reconocimiento del estatus igual de cada individuo en el ejercicio del control. Esta exigencia es coherente con la afirmación de Pettit de que “what equally shared influence requires, therefore, can only be equal access to the system of popular influence: an opportunity for participation in that system that is available with equal ease to each citizen” (Pettit, 2012, p.169)⁵⁹.

El segundo requisito que debe observar un sistema de control popular republicano es la incondicionalidad en relación con la voluntad del agente controlado, a saber: el Estado y, más específicamente, la policía. La incondicionalidad es requerida respecto de los funcionarios que administran la discrecionalidad, pero también es requerida en relación con aquellos funcionarios encargados de los mecanismos de control, como los jueces, en el caso del control judicial. Esta exigencia reduce la dependencia del control popular de las variaciones de voluntad o predisposición de los agentes controlados, pero también de aquellos funcionarios del estado encargados de controlar en nuestro nombre.

Finalmente, se encuentra el requisito de que el sistema de control debe ser lo suficientemente eficaz. Para que el control popular pueda ser considerado eficaz es requerido que cada ciudadano tenga la misma probabilidad de que su punto de vista prevalezca⁶⁰. Así, los mecanismos de control sobre los ámbitos de discrecionalidad policial deben garantizar que los puntos de vista de los ciudadanos tengan iguales probabilidades de verse reflejados en la

⁵⁹ Lo que la influencia igualmente compartida requiere, por lo tanto, solo puede ser el acceso igualitario al sistema de influencia popular: una oportunidad para participar en ese sistema que está disponible con la misma facilidad para cada ciudadano. (Traducción propia).

⁶⁰ Los puntos de vista que cuentan para la teoría de Pettit son solo aquellos que imprimen una dirección aceptable a las decisiones públicas. El autor no es preciso sobre qué puntos de vista son aceptables, pero afirma que serán aquellos que sostengan las personas que estén dispuestas a vivir con otras en condiciones de igual libertad.

dirección que adoptan las prácticas policiales. Adicionalmente, Pettit propone un test para medir el nivel de eficacia requerido para la legitimidad. El test de la mala suerte, o *tough-luck test*, sirve para determinar un umbral de legitimidad necesario, en función de que la institución o política en cuestión no comprometa la libertad como no-dominación. Una decisión pública -o política pública- alcanza el umbral de legitimidad establecido por el test cuando los ciudadanos cuyas opciones resultan afectadas no tienen razones para pensar que esto es consecuencia de la existencia de una voluntad dominante que actúa en su perjuicio. En lugar de ello, cuando el umbral de legitimidad es alcanzado, solo pueden imputar tal afectación o a la mala suerte que los puso del lado perdedor, o a algo que ellos mismos hicieron para elevar la probabilidad de acabar del lado perdedor. En este sentido, Pettit afirma que:

By local standards of when trust is well placed and those in government inhibited from exploiting loopholes in the constraints imposed, you need not view unwelcome results as the sign of a malign will at work against you or your kind; or at least you need not do so, assuming you are not subject to excessive anxiety or distrust (Pettit, 2012, p.177)⁶¹.

En suma, en la medida en que los ámbitos de discrecionalidad se encuentren sometidos a un sistema de control popular individualizado, incondicionado y eficaz, serán legítimos y serán compatibles con la libertad como no-dominación de los ciudadanos. El sistema de control popular propuesto por Pettit es una garantía para los individuos cuyas opciones se ven afectadas por el ejercicio de la discrecionalidad policial, de que ese poder se ejerce en sus propios términos y que, en caso contrario, pueden intervenir activamente en

⁶¹ Según los estándares locales de cuándo la confianza está bien situada y aquellos en el gobierno inhibidos de explotar las lagunas en las limitaciones impuestas, no necesita ver los resultados no deseados como el signo de una voluntad maligna en el trabajo contra usted o su clase; o por lo menos no es necesario que lo haga, suponiendo que no están sujetos a ansiedad o desconfianza excesiva. (Traducción propia).

el proceso de toma de decisión de la policía. De este modo, la teoría republicana ofrece un ideal regulativo que permite mantener las ventajas que conlleva la existencia de ámbitos de discrecionalidad policial, y lo hace sin costos para la libertad como no-dominación.

2. Dominación y discrecionalidad: el caso de la figura del merodeo

Una vez descartada la posición que identifica discrecionalidad con arbitrariedad, y aquella que define la legitimidad como ausencia de poder arbitrario estatal, pueden obtenerse un conjunto de posibilidades (Tabla 1). En estas se combinan tres variables diferentes, a saber: la discrecionalidad, la arbitrariedad y el control popular. Así, una ley que detalla todos sus supuestos de aplicación puede resultar tanto arbitraria como no arbitraria. Será arbitraria, por ejemplo, cuando distribuya el castigo en base a un criterio discriminatorio. Por citar un caso, cuando establezca una agravante del castigo en base a la raza, género, elección sexual, política, etc. Al mismo tiempo, en ambos casos las leyes de detalle -tanto la arbitraria como la no arbitraria- pueden estar o no sometidas a un sistema de control popular; cuando se encuentran sujetas a un sistema de control popular con las características especificadas en el punto anterior, estas califican como legítimas. El carácter legítimo de estas leyes establece una razón para obedecerlas, que es independiente de su contenido, arbitrario o no arbitrario, y de su forma, es decir, de si delega o no delega discrecionalidad. De modo que, si una ley discriminatoria se encuentra sometida a un sistema de control popular, los ciudadanos solo podrán contestarla a través de los medios institucionalmente reconocidos. Del mismo modo, una ley que delega en la policía poder discrecional puede resultar arbitraria o no arbitraria. Su carácter arbitrario dependerá del conjunto de opciones entre las que los funcionarios pueden elegir. Así, un ámbito de discrecionalidad puede incluir opciones arbitrarias como la

de arrestar a alguien por un tiempo desproporcionado. Estas leyes también pueden ser calificadas de arbitrarias cuando resultan compatibles con el desarrollo de patrones discriminatorios. Los ámbitos de discrecionalidad pueden, a su vez, estar o no estar sometidos a control popular, con independencia de si son o no compatibles con la interferencia arbitraria. De nuevo, cuando tanto la ley delegante de discrecionalidad como las decisiones particulares originadas en el ejercicio de la discrecionalidad están sometidas a un sistema de control popular, serán legítimas. Entonces, habrá una razón independiente para obedecerlas y para usar solo medios institucionales para contestarlas.

		Control popular	No-control popular
No-discrecionalidad policial	Arbitrariedad	Legítima	Ilegítima
	No arbitrariedad		
Discrecionalidad policial	Arbitrariedad		
	No arbitrariedad		

Tabla 1.

El caso que tomé como referencia para este trabajo es un supuesto de ley que delega poder discrecional en funcionarios particulares. No indagaré aquí si esta legislación posee o no carácter arbitrario. Me inclino a pensar que sí, dado que habilita el castigo de acciones inocuas. Sin embargo, la distinción entre arbitrariedad y legitimidad contribuye a que podamos preguntarnos sobre la legitimidad de la legislación de los artículos 71 y 122 del Código de Convivencia, con independencia de su contenido arbitrario. Dejar de lado la pregunta sobre la arbitrariedad para focalizarse en la pregunta sobre la legitimidad no es un trabajo menor, ya que la respuesta a la pregunta sobre la legitimidad contribuye a resolver varias cuestiones, como por ejemplo qué reformas institucionales son requeridas para garantizar la legitimidad de este tipo de arreglo institucional. Asimismo, permite identificar qué tipo de acciones están permitidas para impulsar su reforma o impugnar su utilización.

Avanzando sobre el análisis del caso aquí propuesto, puede afirmarse que un ciudadano puede ser detenido o arrestado por tres razones: en primer lugar, por una razón por la cual solo se pueda culpar a sí mismo, por ejemplo, si lesionas a un conciudadano pegándole en la cabeza con un bate, elevas las probabilidades de ser arrestado. La probabilidad se eleva a consecuencia de una acción de la que tú eres responsable. No puedes culpar a nadie más que a ti mismo en caso de ser arrestado. En este caso tienes las mismas probabilidades que el resto de ser arrestado, desde que puedes optar, al igual que el resto de los ciudadanos, por no ejecutar aquella acción que hace más probable el arresto. En segundo lugar, puedes ser detenido o arrestado a consecuencia de la mala suerte. Por ejemplo, cuando en la fila de control del aeropuerto tú eres detenido y cacheado en base a un sistema que elige aleatoriamente a quién controlar. Aquí, cada ciudadano tiene las mismas probabilidades de ser detenido y cacheado. En ese caso tampoco puedes culpar a las autoridades por el hecho de haber sido separado del resto de los pasajeros. En consecuencia, estos dos casos pasan *prima facie* el test de la mala suerte y se ubican en el umbral de legitimidad requerido por el republicanismo. Pero cuando tus opciones son afectadas de un modo tal que la afectación no puede ser explicada sobre la base de ninguna de estas dos razones, estás sujeto a una voluntad dominante, estás sujeto a un agente o agencia que tiene la opción de elevar o disminuir las probabilidades de que resultes perjudicado, en consecuencia, estás dominado. Por esta razón, una política que delega en determinados funcionarios la opción de elevar la probabilidad de que tus opciones resulten afectadas -por ejemplo, porque delega la facultad de detener y arrestar en base a una decisión *ad hoc* de los funcionarios-, lo deja *prima facie* sometido a la voluntad de aquellos. Por tanto, se trata de una política *prima facie* ilegítima, en tanto se encuentra por debajo del umbral establecido por el test de la mala suerte.

De acuerdo con los resultados del [Relevamiento y análisis sobre la aplicación de](#)

[Código de Faltas en la ciudad de Córdoba](#) (Frontalini et al., 2013)⁶², si tú eres un joven hombre de un barrio pobre tienes más probabilidades que otros jóvenes de ser detenido y arrestado por merodeo. Al mismo tiempo, la información recolectada muestra que el perjuicio que sufren estos jóvenes no puede ser explicado sobre la base de la mala suerte o de algo por lo que sólo los afectados se puedan culpar. Durante el relevamiento se encuestaron jóvenes hombres de diferentes barrios de la Ciudad de Córdoba⁶³. Como se puede ver en la Tabla 2, las probabilidades de ser arrestados son mayores para el grupo de jóvenes hombres pertenecientes a barrios con un índice de necesidades básicas satisfechas bajo o muy bajo. Así, en el indicador de detenciones en la vía pública, este grupo se encuentra sobrerrepresentado. El 95,8% de los jóvenes pertenecientes a este grupo fueron detenidos por la policía en la vía pública.

¿Has sido detenido alguna vez en la vía pública? (Tabla 2.)					
		Necesidades básicas satisfechas			Total
		Nivel de satisfacción alto o muy alto	Nivel de satisfacción intermedio	Nivel de satisfacción bajo o muy bajo	
Sí		68,7%	72,5%	95,8%	78,6%
No		31,3%	27,5%	4,2%	21,4%

⁶²El relevamiento versa sobre la aplicación del Código de Faltas que fue parcialmente modificado y sustituido por el Código de Convivencia. Puede consultar en informe aquí: https://www.academia.edu/5046584/Relevamiento_y_an%C3%A1lisis_sobre_la_aplicaci%C3%B3n_de_C%C3%B3digo_de_Faltas_en_la_ciudad_de_C%C3%B3rdoba

⁶³ El estudio tomó en cuenta dos variables para recortar la muestra: primero, se circunscribió a la ciudad de Córdoba, porque a partir de una respuesta a un pedido de informe legislativo, el Estado reconoció que en el período analizado sobre 54 223 detenciones por aplicación del código de faltas, 27015 se realizaron en la ciudad de Córdoba, lo que constituye un 49,82 % sobre el total. Adicionalmente, solo se encuestaron a jóvenes hombres de entre 18 y 25 años. La razón de esta delimitación obedece a que el 70% de los detenidos por aplicación de esta ley pertenecen a este grupo etario. La información utilizada para delimitar la muestra está disponible en <http://noalaviolenciainstitucionalcba.blogspot.com.ar/2012/10/codigo-de-faltascordobacomentarios.html>). Último acceso: dic. 2012.

La Tabla 3 muestra la sobrerrepresentación del mismo grupo en los arrestos originados en la aplicación del Código de Faltas o Código de Convivencia. Estos arrestos comprenden la aplicación de contravenciones que determinan las conductas sancionables como de contravenciones que delegan discrecionalidad.

¿Alguna vez fuiste arrestado por la aplicación del Código de Faltas? (Tabla 3.)					
		Necesidades básicas satisfechas			Total
		Nivel de satisfacción alto o muy alto	Nivel de satisfacción intermedio	Nivel de satisfacción bajo o muy bajo	
Sí		20,0%	25,4%	54,6%	100,0%
No		43,8%	39,1%	17,1%	100,0%

Los tipos contravencionales son algunos más indeterminados que otros. Yendo más concretamente al caso del ámbito de discrecionalidad policial generado a través de la figura del merodeo, se puede ver que la sobrerrepresentación del grupo más desventajado se profundiza. Esto obedece a que las figuras más indeterminadas, es decir, aquellas que delegan mayor discrecionalidad en la policía, son un medio para los arrestos arbitrarios hechos sobre la base de un estereotipo (Tabla 4).

¿Alguna vez fuiste arrestado por merodeo? (Tabla 4.)					
		Necesidades básicas satisfechas			Total
		Nivel de satisfacción alto o muy alto	Nivel de satisfacción intermedio	Nivel de satisfacción bajo o muy bajo	
Sí		12,5%	19,44%	68,6%	78,6%

La información relevada también muestra que el 48% de los jóvenes arrestados por merodeo, al momento de la detención estaban usando gorra o capucha. La utilización de este tipo de indumentaria, más otros rasgos difíciles de describir, como el modo de caminar o hablar, funciona como un signo de vulnerabilidad frente a la discrecionalidad policial. El hecho de que las víctimas y organizaciones sociales hayan decidido cuestionar esta política a través de una marcha anual que recibe el nombre de “Marcha de la gorra”⁶⁴, revela la presencia de este estereotipo en el razonamiento policial. Los encuestados también fueron consultados sobre lo que estaban haciendo al momento de la detención y el arresto. Las respuestas indican que, al momento de la detención, muchos estaban realizando un tipo de actividad que no justifica un arresto, a la luz del objetivo del ámbito de discrecionalidad, a saber, evitar preventivamente la comisión de delitos.

⁶⁴ En la página oficial de la marcha (<http://marchadelagorra.org/>) puede encontrarse una historiografía y su vinculación con el símbolo de la gorra. Este estereotipo no es exclusivo de Córdoba ni de Argentina. Con algunas variaciones este estereotipo se asemeja al aplicado en EEUU en los casos de “stop and frisk”. <https://www.nytimes.com/topic/subject/stop-and-frisk-policy-new-york-city-police-department?inline=nyt-classifier>

¿Qué estabas haciendo cuando fuiste arrestado? (Tabla 5.)	
Estaba yendo o viniendo de mi casa, de la casa de un amigo, de un familiar o de mi pareja.	60,4%
Estaba yendo o volviendo de la escuela, la universidad o el trabajo.	11,1%
Estaba esperando el colectivo en la parada	3,5%
Estaba sentado afuera de mi casa, de la casa de un amigo o familiar, de mi trabajo, en una plaza o parque.	11,1%

Aunque estas respuestas se basaron en el propio testimonio de los jóvenes, pueden corroborarse en base a la información que la propia policía provee. El patrón discriminatorio desarrollado en el ejercicio de la discrecionalidad alcanzó su máxima expresión durante las *razzias* policiales del 2 y 3 de mayo de 2015. Durante estos operativos de ocupación territorial simultáneos en diferentes barrios pobres de la ciudad de Córdoba, se arrestaron a cientos de jóvenes por merodeo. De acuerdo con la información aportada por la propia policía, los jóvenes fueron arrestados en las inmediaciones de sus hogares⁶⁵.

Finalmente, el relevamiento da cuenta de que la discriminación de los jóvenes pertenecientes al grupo desventajado abarca otros aspectos de la actuación policial. Así, por ejemplo, este grupo también se encuentra sobrerrepresentado en los casos de maltrato físico durante la detención.

¿Recibiste maltratos físicos o de otro tipo durante la detención? (Tabla 6.)					
		Necesidades básicas satisfechas			Total
		Alto	Medio	Bajo	
Sí	% dentro de Nivel de ingresos	35,0%	60,7%	68,4%	62,3%
No	% dentro de Nivel de ingresos	65,0%	39,3%	31,6%	37,7%

⁶⁵ Puede consultarse un informe que prueba este punto y fue realizado sobre la base de la información provista por la policía en el marco de un proceso de habeas corpus acá: https://www.academia.edu/15351853/Informe_sobre_la_actuaci%C3%B3n_de_la_Polic%C3%ADa_de_la_Provincia_de_C%C3%B3rdoba_en_los_operativos_de_saturaci%C3%B3n_territorial_del_2_y_3_de_mayo_de_2015

A partir de los resultados analizados, puede concluirse que los jóvenes pertenecientes al grupo desventajado tienen altas probabilidades de ser detenidos y arrestados por la aplicación de la figura de merodeo. Esta probabilidad es elevada por quien tiene un poder de interferencia incontrolado, a saber, la policía. Los miembros de este grupo tienen un 21,26% más de probabilidades de ser arrestados por merodeo, por lo que, con independencia del carácter arbitrario de la razón en que se funda la desigual probabilidad de ser afectado, la legitimidad de esta política queda cuestionada. La probabilidad desigual de resultar afectado no depende de una razón que pueda atribuirse a los afectados. Por un lado, la diferencia no puede atribuirse a los afectados sobre la base de que tuvieron igual poder de influir e iguales probabilidades de que su punto de vista prevalezca en la determinación de un criterio que los perjudica y no es producto de una toma de decisión pública popularmente controlada.

Esta justificación no está disponible desde que la figura de merodeo no establece un criterio de aplicación que coincida con las características del grupo sobrerrepresentado; por el contrario, se trata de una ley que delega en la policía la determinación del criterio en cada arresto. Por otro lado, tampoco puede imputarse a los afectados sobre la base de que son responsables de pertenecer al grupo perjudicado. Para ello, en primer lugar, el Estado debería probar que la pertenencia al grupo desventajado es producto de una decisión o conjunto de decisiones imputables a los afectados. Este es un extremo difícil de probar, sobre todo si consideramos que la mayoría de los jóvenes afectados nacieron en esa posición y no tuvieron oportunidades reales de abandonarla⁶⁶.

⁶⁶ Por ejemplo, el informe sobre la precariedad laboral e ingresos (UCA, 2016) muestra cómo las oportunidades de empleo formal y mejor remunerado se distribuye de manera desigual y en el caso de quienes están en la peor posición no cuenta como una oportunidad real http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/2017-Observatorio-Precariedad-laboral-_e-ingresos.pdf

La fuerza del argumento que sostiene que es más probable que los jóvenes pertenecientes al grupo desventajado comentan delitos se relativiza a los fines de la legitimidad. Esto ocurre cuando la pertenencia al grupo sobrerrepresentado no puede ser imputada a los afectados por la utilización del estereotipo. En consecuencia, la utilización de estereotipos basados en información empírica verdadera resulta ilegítima cuando se basa en la posesión de características que no dependen de la voluntad de los afectados⁶⁷.

Los arrestos analizados tampoco pueden ser explicados como producto de la mala suerte. Esta explicación requiere que cada ciudadano tenga 50% de probabilidades de ser arrestado y 50% de probabilidades de no ser arrestado. Sin embargo, como muestra el relevamiento, los miembros del grupo desventajado tienen un 21,26% más de probabilidades de ser arrestados. En consecuencia, los jóvenes pertenecientes a este grupo tienen 71, 26% de probabilidades de ser arrestados. Descartadas estas dos explicaciones, se puede concluir *prima facie* que el ámbito de discrecionalidad bajo análisis no pasa el test de la mala suerte, por lo que debe ser ubicado por debajo del umbral de legitimidad. Adicionalmente, la información muestra que forma parte del conocimiento común -por lo menos de los afectados- el hecho de que los arrestos que sufren no son producto de la mala suerte o de una razón de la que solo se pueden culpar a sí mismos. Así lo reflejan las opiniones de los detenidos, cuando en el 52% de los casos reconocen que las razones que motivaron su arresto son las de poseer características que lo identifican con el grupo de jóvenes hombres pobres (Frontalini et al., 2012, pp.52-53). En algunos casos llega a desarrollarse un ensañamiento en contra del afectado, que hace que la práctica de la detención por merodeo se vuelva sistemática. Otras veces, la selectividad con que la policía administra la discrecionalidad

⁶⁷ Lo contrario ocurre, por ejemplo, cuando un estereotipo se basa en la membresía de alguna asociación ilícita.

responde a la presencia de un estímulo a favor de elevar el número de arrestos. El arresto de los ciudadanos más vulnerables, como medio para lograr este cometido, responde a la lógica de poder cumplir con tal objetivo a un bajo costo (Frontalini et al., 2013). El bajo costo de estos arrestos se debe a las dificultades que tienen estos jóvenes para acceder a los recursos subjetivos y objetivos necesarios para contestar el accionar policial. Esta manera de proceder de los funcionarios en los ámbitos de discrecionalidad en los que se introduce un estímulo a la productividad ha sido explicada en diferentes estudios sobre el comportamiento de los funcionarios en la administración pública (Thomson, 1999, p.91)⁶⁸.

Por el contrario, si esta desigual distribución de las probabilidades de ser arrestado no depende de la voluntad de cada funcionario, sino de un sistema de influencia popular al que cada ciudadano tiene acceso y en el que el punto de vista de cada ciudadano tiene las mismas probabilidades de prevalecer, la legitimidad no resulta comprometida. En un esquema de este tipo, algunos puntos de vista pueden favorecer una distribución desigual y discriminatoria de las probabilidades de ser afectado, pero sin embargo tal distribución está bajo nuestro control y los diferentes puntos de vistas tiene igual probabilidad de prevalecer. En relación con estos puntos de vista pueden decirse dos cosas: en primer lugar, el carácter arbitrario o no arbitrario del punto de vista que prevalece en la toma de decisión pública no nos dice nada sobre la legitimidad de esta; en segundo lugar, la influencia popular requerida para la legitimidad debe adoptar siempre una dirección aceptable. En relación con esto último, Pettit afirma que la aceptabilidad de la dirección impresa por la influencia no tiene un contenido normativo determinado, sin embargo, debe resultar aceptable para quienes

⁶⁸ Este patrón de actuación policial quedó probado en el caso contra el ex comisario Pablo Márquez. Este comisario ordenó a sus subordinados elevar el número de detenciones por aplicación del Código de Faltas. Según reconocieron en algunos testimonios algunos de los funcionarios a su cargo, esto motivó a arrestos a jóvenes vulnerables sin ninguna razón (“Márquez, Pablo Alejandro p.s.a. abuso de autoridad- reiterado” -SAC N° 1068483-).

están dispuestos a vivir en igualdad de condiciones con los demás (Pettit, 2012, p.170). En consecuencia, la distribución desigual y selectiva de la probabilidad de ser arrestado sobre la base de la pertenencia al colectivo de jóvenes hombres desventajados, parece el tipo de dirección que puede calificarse como inaceptable. Pero cabe realizar otra precisión: la influencia popular puede ejercerse sobre la ley general que determina los criterios que justifican un arresto, o sobre las decisiones particulares de los funcionarios, en caso de que la determinación de aquellos criterios haya sido postergada al momento en que se presenta cada caso. En este supuesto, cada decisión particular ocupa el lugar de la ley que rige para el caso concreto.

Las formas de influencia popular sobre las decisiones particulares de los funcionarios son muchas y van desde los mecanismos recursivos y los mecanismos de rendición de cuenta de los funcionarios, hasta la posibilidad de restringir legislativamente el ámbito de discrecionalidad o eliminarlo. La influencia popular también puede tener lugar a través de mecanismos de contestación informales, aunque institucionales, como la protesta. Un mecanismo de control popular directamente asociado con políticas que comprometen la libertad ambulatoria es el *habeas corpus*⁶⁹. Se trata de un mecanismo caracterizado por su accesibilidad, sobre todo para el grupo de perjudicados, pues los requisitos para su utilización son mínimos. Por ejemplo, no es necesario cumplir con ninguna formalidad legal y tampoco se requiere la intermediación de un abogado. Puede ser presentado antes cualquier juez y su resolución debe ser inmediata.

⁶⁹ Este mecanismo de control tuvo un rol importante en la búsqueda de los detenidos o secuestrados, algunos de los cuales se encuentran desaparecidos, durante la última dictadura cívico-militar en Argentina (1976-1983). Recientemente cobró notoriedad internacional por las detenciones de inmigrantes luego de la implementación de la nueva política migratoria de Donald Trump (<https://www.nytimes.com/interactive/2017/01/28/us/document-Petition-for-Writ-of-Habeas-Corpus-in-Kennedy.html>).

A través del proceso de *habeas corpus*, los ciudadanos afectados por esta política pueden influir sobre el proceso de toma de decisión de quienes administran ámbitos de discrecionalidad policial. Esta influencia puede ser virtual (Pettit, 2012, p.156), es decir, la existencia del mecanismo garantiza que cuando los ciudadanos quieran cambiar la dirección de la discrecionalidad, puedan hacerlo. La influencia también puede ser de reserva (Ídem), cuando el mecanismo de control está disponible para que en caso de que la dirección actual de la discrecionalidad policial se desvíe, puedan encausarla. Finalmente, la influencia puede ser activa (Ídem), y tiene lugar cuando a través del *habeas corpus* se imprime efectivamente una dirección al modo en que se administra la discrecionalidad policial, por ejemplo, cuando a través de la utilización de este mecanismo se busca la implementación de algún criterio delimitador de la discrecionalidad policial. Así, a través de un *habeas corpus* puede cuestionarse un arresto sobre la base de que se funda en un criterio discriminatorio. Vale la pena aclarar que la influencia popular ejercida a través del mecanismo del *habeas corpus*, y no su impacto en la reducción de la arbitrariedad, es lo que puede contribuir a la legitimidad de la política analizada.

Sin embargo, para que la existencia de este mecanismo de control contribuya a la legitimidad de los ámbitos de discrecionalidad policial, debe cumplir con todas las exigencias del ideal republicano de legitimidad, hasta alcanzar el umbral establecido por el test de la mala suerte. Así, la existencia de este mecanismo de control sobre la discrecionalidad policial puede tener dos consecuencias: si el mecanismo de control satisface todos los requisitos, la política se ubicará en el umbral de legitimidad establecido por el test de la mala suerte; si no cumple con alguno o todos los requerimientos (o lo hace de modo deficiente), la política en cuestión se ubicará debajo de umbral de legitimidad. De allí que la legitimidad es una cuestión de todo o nada antes que gradual. Sin embargo, la ilegitimidad

es gradual y, en consecuencia, los sistemas penales pueden ser unos más ilegítimos que otros. En el espectro de ilegitimidad habrá un grado de ilegitimidad que coincide con la extinción del deber de obedecer el derecho y habilita la resistencia a la autoridad misma. Este punto coincide con la ausencia absoluta de influencia popular sobre la discrecionalidad policial⁷⁰; llamaré a este *umbral de ilegitimidad absoluta*.

3. La asimetría entre legitimidad e ilegitimidad

Al igual que muchas teorías de la legitimidad, la teoría de Pettit asume que esta guarda correlación con las obligaciones políticas de los ciudadanos⁷¹. Por lo que el derecho de un Estado legítimo a imponer coactivamente un orden social se correlaciona con la obligación de obedecer el derecho de los ciudadanos. En consecuencia, el carácter legítimo del orden institucional conlleva la obligación de abstenerse de intentar modificar las instituciones que nos perjudican o son injustas a través de medios no institucionales y cuestionando la autoridad del Estado. Así, cuando los ciudadanos quieren eliminar o modificar una institución legítima, solo tienen permitido utilizar los medios institucionalmente establecidos y abstenerse de aquellos actos que pueden ser calificados como revolucionarios por oponerse al régimen mismo. Esta permisión también abarca los

⁷⁰ Esto último presupone que la legitimidad es una cuestión gradual.

⁷¹ En este sentido, la postura de Pettit se inscribe dentro de las correlativistas. De acuerdo con este punto de vista, demandar autoridad es demandar el derecho a ser obedecido (Wolff 1970, p.5). Mientras que también existen teorías no correlativistas de la legitimidad, las cuales se oponen a la existencia de una relación de implicancia entre la legitimidad y la obligación de obedecer el derecho. De acuerdo con este punto de vista, la autoridad legal no implica el derecho a ser obedecido, sino solo ciertas opciones para decidir sobre determinados asuntos y hacer cumplir sus decisiones (Soper 2002, p.85 ff.; cfr. Ladenson, 1980; Greenawalt 1987; pp.47–61; Edmundson 1998, pp.7–70).

actos de desobediencia civil que conllevan la aceptación de la legitimidad del castigo (Pettit, 2012, p.137).

En el ámbito de la ilegitimidad las cosas son diferentes. Así, la ilegitimidad es una cuestión de grados y no cualquier deficiencia será suficiente para eliminar la obligación de someterse al orden social. El control popular puede estar más o menos individualizado, puede ser más o menos robusto y puede ser más o menos eficaz. A medida que las instituciones se vayan alejando del umbral de legitimidad delimitado por el test de la mala suerte, la obligación de obedecerlas se irá debilitando. Esta gradación permite sostener que no cualquier nivel de ilegitimidad justificación la extinción del deber de obedecer. Así, la proporcionalidad del acto de desobediencia debe evaluarse, en parte, en relación con el grado de ilegitimidad. En consecuencia, no puede concluirse que cualquier grado de ilegitimidad es suficiente para extinguir las obligaciones políticas de los ciudadanos. Para que tales obligaciones queden extintas se debe alcanzar el umbral de ilegitimidad absoluta. Este se alcanza, como vimos en el apartado anterior, en el caso de ausencia absoluta de influencia popular sobre el poder de interferencia que administran los sistemas penales.

En este apartado quiero argumentar a favor de la existencia de una asimetría entre la legitimidad y la ilegitimidad. Esta asimetría no guarda correlación directa con el carácter no gradual de la legitimidad y el carácter gradual de la ilegitimidad, aunque se vinculan indirectamente. De acuerdo con esta idea la asimetría entre legitimidad e ilegitimidad se evidencia si consideramos, por un lado, que una vez que son alcanzadas las condiciones institucionales que determinan el umbral de legitimidad y las obligaciones políticas de los ciudadanos son plenamente exigibles, no hay margen para un mayor nivel de legitimidad. Considere el caso de un sistema penal que alcanza el ideal de legitimidad, de modo que la

libertad ambulatoria de los ciudadanos se encuentra protegida de manera robusta. En este sistema penal, la influencia individualizada y eficaz sobre el modo en que la policía administra su poder discrecional se encuentra garantizada gracias a un conjunto de arreglos institucionales. Estos arreglos garantizan el control popular sobre la policía, con independencia de cuál sea el grado de alfabetización jurídica de los ciudadanos. A pesar de esto, el gobierno decide alfabetizar jurídicamente a la población, ofreciendo cursos sobre garantías penales, derecho contravencional y derecho procesal constitucional. Estos tienen la capacidad de poner a todos los ciudadanos en un nivel de alfabetización jurídica similar a la de un abogado. La pregunta es si, a través de esta medida, el sistema penal perfectamente legítimo puede ser más legítimo de lo que sería de otro modo. Creo que la respuesta es no. Una vez que el ideal de legitimidad ha sido alcanzado, el sistema penal no puede ser más legítimo. Aunque estas medidas puedan estar inspiradas en el ideal, no pueden hacer al sistema penal más legítimo. Esto no significa que no puedan ser valoradas a la luz de otros ideales, como el de justicia social republicana, o de valores distintos a la libertad como no-dominación.

Este argumento debería ser aceptado no solo como una cuestión conceptual, sino también normativa. El argumento normativo a favor de que un sistema legítimo no puede ser más legítimo se apoya en la vinculación entre la legitimidad y aquello que el Estado les puede requerir a sus ciudadanos en términos de obligaciones políticas. Si la legitimidad puede ser promovida de manera ilimitada, las obligaciones políticas de los ciudadanos también deberían extenderse de la misma manera. Sin embargo, es difícil aceptar que las obligaciones políticas de los ciudadanos con el Estado no tengan límites, ya que esto dejaría a los ciudadanos en las mismas condiciones que el esclavo del ejemplo de Pettit (Pettit, 1997, p.41). En consecuencia, dado que nuestras obligaciones políticas no pueden ser ilimitadas,

parece razonable aceptar que la legitimidad deba tener un límite y que, por lo tanto, un orden institucional perfectamente legítimo no pueda ser más legítimo.

Un argumento similar se presenta en el caso de otros ideales. Por caso, haciendo referencia a la teoría rawlsiana, Cohen afirma que:

When full compliance with the rules of a just basic structure obtains, it follows, on Rawls's view, that there is no scope for (further) personal justice and injustice that affects distributive justice, whether it be by enhancing it or by reducing it. There is, Rawls would of course readily agree, scope within a just structure for distribution-affecting meanness and generosity, but generosity, though it would alter distribution, and might make it more equal than it would otherwise be, could not make it more just than it would otherwise be, for it would then be doing the impossible, to wit, enhancing the justice of what is already established as a (perfectly) just distribution by virtue merely of the just structure in conformity with which it is produced (Cohen, 2008, pp.126-127)⁷².

Del mismo modo, una vez que el orden institucional responde a las exigencias de legitimidad republicanas, no hay margen para interferencias ilegítimas o poder de interferencia ilegítimo. Todo el poder que detentan los funcionarios e instituciones de un orden institucional perfectamente legítimo no puede ser calificado como ilegítimo. En este sentido, el ideal de legitimidad de Pettit podría ser calificado como un ideal preponderantemente procedimental⁷³. En aquella comunidad en que el ideal es plenamente alcanzado, las leyes pueden ser más o menos justas, pero no podrán ser más legítimas ni

⁷² Cuando se logra el pleno cumplimiento de las reglas de una estructura básica justa, se sigue, a juicio de Rawls, que no hay margen para (más) justicia e injusticia personal que afecten a la justicia distributiva, ya sea realizándola o reduciéndola. Hay, Rawls por supuesto estaría de acuerdo, margen dentro de una estructura justa para la distribución afectada por la mezquindad y generosidad, pero la generosidad, aunque alteraría la distribución, y podría hacerla más igualitaria de lo que sería, no podría hacerla más justa de lo que sería de otra manera, porque estaría haciendo lo imposible, es decir, mejorando la justicia de lo que ya está establecido como una distribución (perfectamente) justa en virtud simplemente de la estructura justa en conformidad con la cual se produce. (Traducción propia).

⁷³ Sin embargo, habría que analizar qué lugar ocupa el hecho de que la influencia requerida para el control republicano deba ser aceptable.

ninguna ley podrá contar como ilegítima.

Un asunto que puede generar perplejidad es el hecho de que el umbral de legitimidad en la teoría de Pettit se determina a través del test de la mala suerte. Alguien podría argumentar que el test solo nos provee un umbral impreciso, de modo que habría casos donde existen dudas sobre si se ha alcanzado el umbral, por lo que en muchos casos tendría sentido adoptar medidas para promover la legitimidad de un régimen que aparentemente ya es legítimo. Sin embargo, este es un problema epistémico que no invalida el argumento.

Finalmente, puede decirse que aceptar este límite conceptual y normativo de la legitimidad no contradice el objetivo de promoción de la libertad como no-dominación. Esto es así dado que, una vez alcanzado el ideal de legitimidad, existe margen para promover la libertad como no-dominación en la dimensión de la justicia social. La promoción de la libertad como no-dominación en este ámbito puede lograrse a través de la creación de nuevas opciones no dominadas o, en términos de Pettit (1997, pp.140-145), ampliando el *alcance* de la libertad como no-dominación. Esto es lo que ocurre en el caso de la alfabetización jurídica excesiva.

Hasta acá la primera parte del argumento sostiene que un régimen legítimo no puede ser más legítimo. El argumento de la asimetría se completa del siguiente modo. En el otro extremo del umbral de legitimidad se ubica la línea que marca la extinción de las obligaciones asociadas a la legitimidad. En el apartado anterior llamé a este umbral *línea de ilegitimidad absoluta*. Cuando la ilegitimidad, o dominación estatal, alcanza este umbral, se extingue la obligación de sometimiento al orden institucional y los ciudadanos tienen permitido el tipo de acciones que se asocian con la resistencia o la revolución. En este caso, los ciudadanos tienen permitido ir más allá del cuestionamiento al orden social impuesto y

cuestionar la autoridad misma del gobierno. Un orden institucional alcanza este umbral cuando no cumple con ninguno de los requisitos del control republicano. En esta situación no existe ningún grado de control popular sobre el poder estatal y los ciudadanos están absolutamente dominados.

Por ejemplo, el sistema penal durante la última dictadura en Argentina se ubicaba en la línea de ilegitimidad absoluta. En este caso, el sistema penal respondía exclusivamente a la voluntad del gobierno *de facto*. La línea de ilegitimidad absoluta puede ser alcanzada dada la ausencia de instituciones que garanticen el control popular, o cuando estas son ilusorias o son lo mismo que nada. En este último caso, aunque existen mecanismos de control popular, los ciudadanos -o algunos de ellos- se encuentran en una situación de hecho en la que no pueden influir sobre las decisiones públicas. Esto ocurre cuando, por ejemplo, los ciudadanos no cuentan con los recursos materiales mínimos necesarios para ejercer el control. Cuando en una sociedad los ciudadanos -o algunos ciudadanos- tienen un nivel de necesidades básicas satisfechas muy bajo, resulta imposible que estos puedan ejercer alguna influencia sobre las instituciones públicas. Esta conclusión implicaría que la justicia social es una condición necesaria de la legitimidad y por lo tanto tiene prioridad sobre esta última. Sin embargo, Pettit ya se ha ocupado de aclarar que este tipo de prioridad es empírica antes que normativa (Pettit, 2015, p.93). En sentido, el autor afirma que:

But what the claims establish, as I would put it, is that social justice, or at least a high degree of social justice, is an empirically necessary condition for legitimacy, not that it is logically necessary. In strict logic, the truth of the proposition that people enjoy such and such a degree of control over government does not require that they have any particular social liberties or powers. That it requires those liberties and powers is something that reflects unchallengeable but still contingent facts about

our human nature and our social life (Ídem)⁷⁴.

La idea de que un mínimo de justicia social no sea normativamente requerido por el ideal republicano de legitimidad parece difícil de aceptar si consideramos lo que la libertad como no-dominación significa. Volveré sobre este punto en el último capítulo al referirme a la legitimidad de los sistemas penales para castigar a quienes se encuentran por debajo del umbral mínimo de justicia social necesario para que el control popular sea posible. Pero con independencia de cómo sea definido el umbral de ilegitimidad absoluta, o si existen formas alternativas de alcanzarlo, lo cierto es que una vez que este es alcanzado, de acuerdo con el enfoque correlativista de Pettit, se extingue la obligación de obedecer el derecho y reconocer la autoridad del gobierno.

Sin embargo, y este es el centro del argumento, mientras que la legitimidad tiene un límite conceptual y normativo, la ilegitimidad no lo tiene ni debe tenerlo. Así, mientras un orden institucional perfectamente legítimo no puede ser más legítimo, un orden institucional absolutamente ilegítimo puede ser más ilegítimo. En consecuencia, es posible que el orden institucional de dos comunidades que han alcanzado el umbral de ilegitimidad absoluta sea uno más ilegítimo que el otro. Tomemos el caso de dos dictaduras que se caracterizan por la ausencia de influencia popular sobre el gobierno. En la primera, el gobierno no interfiere en las opciones de los ciudadanos, quienes resultan ser especialmente sumisos y aceptar sin necesidad de engaño y amenaza lo que sea que disponga el dictador, dado el bienestar que este les provee. En la segunda dictadura, el gobierno se ve obligado a interferir, dado el perfil

⁷⁴ Pero lo que las afirmaciones establecen, como diría yo, es que la justicia social, o al menos un alto grado de justicia social, es una condición empíricamente necesaria para la legitimidad, sino lógicamente necesaria. En un sentido lógico estricto, la verdad de la proposición de que las personas disfrutan tal y tal grado de control sobre el gobierno, no requiere que tengan libertades o poderes sociales particulares. Que esta requiera esas libertades y poderes es algo que refleja hechos indiscutibles, pero aún contingentes, sobre nuestra naturaleza humana y nuestra vida social. (Traducción propia).

altamente contestatario de la población. En consecuencia, en la segunda dictadura el gobierno ejecuta a sus oponentes para eliminar la resistencia y desalentar posibles nuevos opositores. Aunque ambas dictaduras alcanzan el umbral de ilegitimidad absoluta, la ejecución de los opositores de la segunda dictadura agrega ilegitimidad a un orden institucional que ya es absolutamente ilegítimo. Así, es posible decir que la segunda dictadura es peor que la primera, o lo que es lo mismo, que en esta los ciudadanos están más dominados que en la primera. Sin embargo, no es posible decir que la primera es mejor que la segunda, puede debajo de la línea de ilegitimidad absoluta sólo puede predicarse la mayor ilegitimidad. Negar la posibilidad de reconocer que la segunda dictadura es peor en términos de ilegitimidad que la primera es ser insensible frente a la dominación adicional sufrida por los miembros de la segunda comunidad. Significaría también equiparar los reclamos de ambas comunidades frente a sus gobiernos ilegítimos y nos impediría discernir qué tipos de actos de resistencia están permitidos moralmente en cada caso.

Si lo que he afirmado hasta aquí es verdadero, esto significa que existe una asimetría entre la legitimidad y la ilegitimidad. A favor de la asimetría podrían darse los siguientes argumentos: en primer lugar, la ilegitimidad es el tipo de mal asociado a la dominación estatal. Si aceptamos que siempre un acto de interferencia dominadora es peor que la dominación sin interferencia, entonces la dominación estatal no deja de agregarse. Esto se concluye cuando Pettit afirma que:

While this equation of freedom with non-domination allows us to say that domination with interference is worse in various ways than domination without interference, it marks the threshold

where freedom begins to fail at the point where domination, even domination without interference, kicks in (Pettit, 2012, p.28)⁷⁵.

Así, cada interferencia estatal dominadora, originada en un orden institucional que alcanzó el umbral de ilegitimidad absoluta, hará que este sea más ilegítimo. El número de interferencias dominadoras que pueden imputarse a un Estado ilegítimo son ilimitadas. Adicionalmente, los modos en que un Estado ilegítimo comprometen las opciones de los miembros de la comunidad sometida pueden ser muy variados. Estos pueden comprender la eliminación objetiva o cognitiva de una opción, que es el tipo de dominación que se manifiesta en el error provocado y la manipulación. También abarca el reemplazo de una opción por una opción penalizada, o lo que es lo mismo, la amenaza. Este reemplazo también puede ser tanto objetivo como cognitivo. Finalmente, un Estado absolutamente ilegítimo puede aumentar la dominación mediante la agregación de una opción a través una recompensa falsa o una recompensa que no puede ser rechazada (Pettit, 2012, pp.50-56).

Otro argumento a favor de que un orden institucional absolutamente ilegítimo puede ser más ilegítimo se vincula a la responsabilidad. De acuerdo con esto, negar que una vez alcanzada la línea de ilegitimidad absoluta el Estado puede ser más ilegítimo, supondría equiparar la dominación y la responsabilidad del gobierno de la dictadura benevolente y de la dictadura que ejecuta a sus opositores. Dado que ambas dictaduras alcanzaron el umbral de ilegitimidad absoluta, este argumento no puede ser utilizado para decir que la primera es más legítima que la segunda. Este argumento sólo permite afirmar que la segunda es más ilegítima que la primera, y esto es algo que quienes suscriben a la causa de la libertad como

⁷⁵ Mientras esta ecuación de libertad como no-dominación nos permite decir que la dominación con interferencia es peor de varias maneras que la dominación sin interferencia, marca el umbral en el que la libertad comienza a fallar en el punto en que la dominación, incluso la dominación sin interferencia entra en acción. (Traducción propia).

no-dominación deberían estar interesados en poder decir. Por el contrario, defender que la ilegitimidad deja de contar en el umbral de ilegitimidad absoluta, implicaría equiparar el reclamo de los miembros de ambas comunidades ilegítimas.

Por último, la idea de que después de alcanzada la línea de ilegitimidad absoluta hay margen para más ilegitimidad, permite clasificar a los regímenes absolutamente ilegítimos en más ilegítimos que otros y, en consecuencia, poder graduar el tipo de actos de resistencia moralmente permitidos. Esto permite dar cuenta de la idea de que no cualquier acto de resistencia es aceptable. Cuál sea el tipo de resistencia aceptable dependerá de que tan ilegítimo sea el gobierno. Así, los actos de resistencia considerados aceptables para el caso de la dictadura que ejecutó a sus opositores no cuentan como aceptables frente a una dictadura ilustrada que no está dispuesta a ejecutar a los miembros de la comunidad⁷⁶.

Finalmente, puede decirse que, aunque se haya alcanzado el umbral de ilegitimidad absoluta, sigue existiendo el tipo de relación vertical que vincula al gobierno con sus ciudadanos. De ello da cuenta el hecho de que no se puedan castigar los actos de resistencia que violan las leyes del gobierno de facto, pues las obligaciones políticas de los ciudadanos han quedado extinguidas, mientras que todavía se puede responsabilizar al gobierno por la

⁷⁶ Alguien podría argumentar que la ilegitimidad deja de contar cuando el umbral de ilegitimidad máxima es alcanzado porque el tipo de dominación que sufren los ciudadanos en estos casos no es el tipo de dominación asociada con la que ejercen los gobiernos sobre sus ciudadanos. Este argumento vincula la existencia misma del gobierno a la ausencia de ilegitimidad máxima. En este caso, en lugar de un gobierno habría algo así como un grupo de individuos, los miembros del gobierno de facto, dominando a otro grupo de individuos, quienes antes era ciudadanos. Entonces el tipo de dominación que ejerce el gobierno de facto sería un tipo dominación horizontal apostada sobre la estructura burocrática del antiguo gobierno.

Este argumento parece difícil de aceptar si pensamos que a pesar de que el gobierno ha alcanzado el umbral de ilegitimidad máxima, sigue siendo responsable por la violación de Derechos Humanos y debe responder ante la comunidad internacional como el resto de los gobiernos (Beitz, C., 2009). La aceptación de este argumento también impediría explicar por qué una vez que los costos de compensar el daño causado por el gobierno ilegítimo se socializan incluso entre los ciudadanos que no actuaron como funcionarios. Así, por ejemplo, en Argentina las indemnizaciones a las víctimas y familiares de la última dictadura son financiadas por todos los ciudadanos a través del pago de impuestos.

violación de las libertades básicas de los ciudadanos⁷⁷.

La existencia de algo más allá de la ilegitimidad absoluta debería ser algo fácil de admitir si aceptamos la intuición en que se apoya la clasificación de pueblos que hace Rawls en *Law of people* (1999). Esta clasificación apoya la idea de que los pueblos que no cumplen con los requerimientos mínimos de legitimidad pueden ser unos más ilegítimos que otros. Los pueblos liberales son legítimos, algunos serán más legítimos que otros. Pero no todos los pueblos ilegítimos cuentan por igual. Algunos cuentan como pueblos decentes. Estos cumplen con determinadas condiciones: observan los Derechos Humanos y tienen en consideración los intereses fundamentales de todos. La observancia de estas condiciones les permite tener una membresía como miembros de la comunidad internacional. Otros pueblos ilegítimos no cuentan como decentes, y en ese sentido, son más ilegítimos.

Si la asimetría entre la legitimidad y la ilegitimidad es aceptada, ahora se puede dar un paso más. Como vimos, el umbral de ilegitimidad absoluta se alcanza ante la ausencia absoluta de influencia popular sobre las decisiones públicas. En consecuencia, la comunidad sometida a un régimen absolutamente ilegítimo que sufre dominación adicional (dictadura que ejecuta opositores) está peor en términos de dominación que aquella donde no hay nada de influencia popular sobre las decisiones públicas. La influencia que la resistencia puede tener sobre el gobierno dictatorial que los ejecuta es peor que nada, ya que es preferible vivir en una comunidad ilegítima en la que uno no tiene ninguna influencia sobre el orden social establecido, que en una donde la existencia misma se ve amenazada.

Supongamos, tal cual ocurrió en la última dictadura argentina, que algunos abogados

⁷⁷ Este argumento cuestiona los puntos de vista como el sostenido por la “teoría de los dos demonios”, que equipara los actos de resistencia ciudadana a los actos de terrorismo estatal ejecutados por el gobierno de facto de argentina entre 1976-1983.

buscan influir en el gobierno de facto, y más específicamente, en la decisión de detener a los opositores políticos. El gobierno *de facto* mantiene parte de la estructura institucional y burocrática vigente con anterioridad al golpe de Estado, por ejemplo, mantiene el poder judicial. Dado que se trata de un gobierno absolutamente ilegítimo, los ciudadanos no tienen ninguna influencia sobre las decisiones del gobierno que afectan la libertad ambulatoria. Así, el *habeas corpus* es solo una herramienta ilusoria, que podría equipararse, en ese contexto, a la presentación de un poema. Sin embargo, el mantenimiento del mecanismo del *habeas corpus* se convierte en un medio para obtener información sobre abogados contestatarios y jueces garantistas⁷⁸.

En este contexto, la existencia de un mecanismo de control puede hacer más ilegítimo a un gobierno que ya es absolutamente ilegítimo o a un sistema penal que ya es absolutamente ilegítimo. Se puede decir que en este caso la existencia de un mecanismo de control judicial como el *habeas corpus* resulta *peor que nada*. Del mismo modo que la implementación de un sistema de influencia popular como una asamblea puede introducir un nuevo tipo de dominación, a saber, la dominación que se asocia con la tiranía de la mayoría (Pettit, 2012, pp.211-213), el control judicial puede introducir dominación adicional. La dominación adicional se introduce cuando el mecanismo de control incorpora nuevas opciones dominadas que se suman a las opciones que ya se encontraban dominadas por la ausencia de control sobre el poder que administra el sistema penal. Esa agregación de dominación puede producirse arriba o abajo del umbral de ilegitimidad absoluta. Pero el

⁷⁸ Este no es un ejemplo imaginario. En la sentencia de la Mega Causa la Perla pueden encontrarse referencias a la desaparición de abogados que intervinieron en la defensa de los DDHH durante la dictadura y luego fueron desaparecidos (MENENDEZ, Luciano Benjamín y otros p.ss.aa. Privación ilegal de la libertad, privación ilegal de la libertad agravada, imposición de tortura, imposición de tortura agravada, Homicidio agravado y Sustracción de menores de 10 años” <http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.964064001477324616.pdf>). También pueden encontrarse ejemplos de jueces perseguidos por el gobierno militar por dar curso a las demandas de *habeas corpus*.

punto es que puede agregarse más allá de la línea de ilegitimidad absoluta de modo indefinido.

En contra de la tiranía de la mayoría (una preocupación que ocupa un lugar protagónico en la tradición republicana), Pettit propone que la asamblea adopte la forma de una asamblea representativa responsiva (Ibídem, p.195). Además, propone la existencia de un mecanismo de contestación individualizada de las decisiones mayoritarias, como el control judicial de constitucionalidad. Solo bajo estas condiciones la asamblea puede llegar a ser el tipo de arreglo institucional del que nunca puede decirse que es peor que nada. Estos mecanismos de contestación también sirven para evitar la dominación en el ámbito de las decisiones que son tomadas en nombre del Estado por funcionarios particulares, en virtud de la discrecionalidad que les delega la asamblea, tal es el caso del *habeas corpus*. Pero el problema de la asamblea se replica en el ámbito de los mecanismos de contestación, en tanto que pueden convertirse en una fuente de dominación. Así, en el caso de los arrestos preventivos por merodeo, el *habeas corpus*, como mecanismo de control popular, puede convertirse en fuente de dominación. Un análisis sobre el funcionamiento de este mecanismo de control de la discrecionalidad policial en el caso analizado muestra que el mecanismo no solo no contribuye a alcanzar el umbral de la legitimidad, sino que agrega dominación. Las consecuencias de la existencia de un mecanismo de control deficiente pueden llegar a ser tan negativas en términos de ilegitimidad o dominación estatal, que resulten peor que nada; es decir que puede ser del tipo de arreglo institucional que pone a los sistemas penales por debajo del umbral de ilegitimidad absoluta.

En el próximo capítulo me ocuparé de mostrar cómo un mecanismo de control como el *habeas corpus*, al igual que la asamblea, aunque esté inspirado en el ideal republicano de legitimidad, puede convertirse en fuente de dominación estatal. Así, la asamblea surgió como

la respuesta republicana a la tiranía monárquica, pero se volvió ella misma fuente de dominación. La tiranía de la mayoría en la asamblea fue contrarrestada por el republicanismo, negando que cualquier asamblea fuera compatible con el ideal republicano, proponiendo entonces mecanismos de contestación individual en contra de las decisiones de la asamblea y de los funcionarios en los que la asamblea delegaba discrecionalidad.

En este estadio, nuevamente la solución republicana frente a la dominación amenaza con volverse fuente de dominación. Así, los mecanismos de contestación o control individual son una garantía frente a la dominación de las mayorías, pero al mismo tiempo se vuelven ellos mismos una amenaza para la libertad como no-dominación, a menos que esta posibilidad sea institucionalmente desalentada. No me interesa aquí la tiranía de la mayoría, sino la tiranía de la minoría representada por los jueces encargados de instrumentar la influencia popular sobre el poder policial discrecional.

CAPÍTULO VI
EL CONTROL POPULAR DE LA DISCRECIONALIDAD POLICIAL
EL HABEAS CORPUS

1. El habeas corpus como mecanismo de control popular

El propósito de este capítulo es analizar el funcionamiento del habeas corpus como mecanismo de control popular sobre los ámbitos de discrecionalidad policial y mostrar cómo pueden introducir dominación adicional a la dominación policial. Hasta acá puedo afirmar que la plausibilidad de la teoría de la legitimidad de Pettit podría quedar comprometida si los mecanismos de control popular sobre la discrecionalidad policial introducen dominación. De acuerdo con esta hipótesis, aunque los mecanismos de contestación o control son una garantía frente a la dominación de las mayorías y de los funcionarios con poder discrecional, constituyen ellos mismos una potencial fuente de dominación. En este capítulo me ocuparé de defender este punto, a través del análisis de un mecanismo de control sobre la discrecionalidad policial, a saber: el *habeas corpus*.

La idea de que el control judicial pueda contar como una forma de control popular puede resultar controvertida a la luz de la visión predominante en la teoría política y jurídica. De acuerdo con este punto de vista, el control judicial cuenta más bien como una restricción al control popular (Riker, 1982). Sin embargo, la pertinencia del análisis del control judicial de la discrecionalidad policial a través del *habeas corpus* descansa en el supuesto pettitiano de que el control judicial cuenta como un mecanismo de control popular antes que como una restricción al control popular. No dedicaré espacio a discutir esta premisa y simplemente la aceptaré como un supuesto de lo que sigue; sin embargo, vale la pena mencionar las ventajas de este enfoque republicano sobre el control judicial. La concepción

del control judicial como control popular permite ampliar los requisitos de legitimidad republicana a este ámbito. En consecuencia, el control judicial debe garantizar la influencia individualizada, incondicionada y eficaz. Además, este enfoque asegura que los ámbitos de discrecionalidad popular no queden al margen del control popular. Esto es así en tanto que, si el control popular se limita al momento de creación de una ley que delega discrecionalidad en funcionarios particulares, los ciudadanos quedan sujetos al poder de interferencia incontrolado de estos. En este escenario, el único recurso popular disponible frente a la dominación de los funcionarios es revocar el poder discrecional delegado; sin embargo, esta alternativa nos privaría de las ventajas de la existencia de ámbitos de discrecionalidad. Por tanto, el control popular comprende diversas instancias que trascienden la influencia popular en el momento de delegación de la discrecionalidad y su revocación. Esta es una exigencia cuyo fundamento se vincula al carácter contestatario de la democracia y de la ciudadanía republicana.

Los mecanismos de control popular sobre la discrecionalidad policial en materia contravencional son variados. Entre estos se pueden incluir los mecanismos de apelación, de revisión judicial y el esquema de nulidades de los actos funcionales irregulares, previstos en el Código de Convivencia (Frontalini, 2017, pp.197-233), la responsabilidad penal -cuando en el ámbito de discrecionalidad se producen hechos que pueden ser calificados como delictivos-, el *habeas corpus*, como recurso judicial para proteger la libertad ambulatoria, el régimen disciplinario policial, etc. Asimismo, existen otras formas de control popular menos formales, aunque también institucionales: por ejemplo, la protesta social contra los abusos policiales y la vigilancia popular de los procedimientos policiales. Como un ejemplo de esto último se podría mencionar la “Marcha de la gorra” y la filmación u observancia ciudadana de los procedimientos policiales. A pesar de la informalidad de estos mecanismos de

contestación, estos cuentan como mecanismos de control institucionalizados, por estar garantizados institucionalmente a través de la protección de libertades fundamentales, como la libertad de expresión, de asociación, etc. Aunque este tipo de control popular pueda resultar más efectivo en determinadas sociedades, el Estado debe garantizar la posibilidad de contestar las decisiones particulares de la policía a través de medios menos heroicos (Pettit, 1997, p.255). El *habeas corpus* es un medio accesible y eficiente con el que han contado históricamente los ciudadanos para proteger su libertad ambulatoria frente al Estado.

A través del *habeas corpus* los ciudadanos ejercen control sobre el poder de interferencia que el Estado tiene sobre el conjunto de opciones que componen la libertad ambulatoria. El control popular a través del *habeas corpus* puede tener por objeto el poder de interferencia delegado en la policía a través de una ley de detalle, es decir, una ley que especifica las razones que justifican limitar la libertad ambulatoria. En este caso, el control popular tiene por objeto garantizar que se cumpla lo estipulado en la ley, cuestionando aquellas detenciones y afectaciones a la libertad que no pueden ser justificadas en base a la ley. El control se ejerce para garantizar que el accionar policial se ajuste al patrón que recibió el apoyo de las mayorías, y ante lo que los funcionarios no tienen el poder incontrolado de interferir o no interferir. Pero el *habeas corpus* también puede funcionar como un mecanismo de contestación individual, cuando se considera que el criterio adoptado por las mayorías para justificar las detenciones es arbitrario. En este caso, el poder que se somete a control es el poder de las mayorías parlamentarias. Finalmente, la influencia que los ciudadanos ejercen a través del *habeas corpus* puede tener por objeto las decisiones particulares de funcionarios, adoptadas en un ámbito de discrecionalidad. De este último supuesto se ocupa este capítulo. Aquí, el control judicial cobra especial importancia, dado que la discrecionalidad significa que los funcionarios tienen la opción de interferir o no interferir en nuestras opciones. El

habeas corpus funciona como un mecanismo de control del poder policial de interferir en las opciones que cuentan como nuestra libertad ambulatoria.

El *habeas corpus* es un mecanismo de control popular a través del cual los ciudadanos pueden influir sobre el proceso de toma de decisión de la policía e imprimir una dirección aceptable al ejercicio de la discrecionalidad policial. Como vimos, la influencia sobre la discrecionalidad policial a través del *habeas corpus* puede ser activa, virtual o de reserva. La influencia activa tiene lugar cuando de hecho se imprime una dirección aceptable sobre el modo en que la policía utiliza la discrecionalidad delegada; tal sería el caso de la utilización efectiva del mecanismo a través de la presentación de un *habeas corpus* y una decisión judicial que establece criterios de actuación policial para corregir un patrón de actuación policial. Pero a través del *habeas corpus* también se ejerce influencia virtual y de reserva sobre la discrecionalidad policial. En el primer caso, la existencia del mecanismo, aun cuando no sea utilizado por ningún ciudadano, refleja una disposición institucional a corregir cualquier desviación en el rumbo de la discrecionalidad policial. En el segundo caso, a través de la existencia de este mecanismo se garantiza una disposición a alterar el rumbo de la discrecionalidad que en primera instancia resultaba aceptable, imprimiéndole una nueva dirección.

La influencia activa sobre la discrecionalidad policial, que tiene lugar cuando los ciudadanos de hecho recurren a mecanismos de control, tiene efectos tanto retroactivos como prospectivos sobre la dirección de la discrecionalidad policial. Retroactivamente, la dirección impresa a través del *habeas corpus* puede dirigirse a corregir una decisión pasada, pero también tendrá efectos prospectivos, dado que influye en las decisiones futuras. La actividad judicial genera criterios que intervienen en el proceso futuro de toma de decisión de la policía. Así, a través de los precedentes de *habeas corpus*, se pueden identificar razones

que deberían ser irrelevantes en todos los casos, para fundar la decisión de detener o no detener preventivamente. Por ejemplo, excluyen la ponderación de razones basadas en el perfil racial de los ciudadanos⁷⁹; en estos casos la policía deja de tener la opción de interferir en base a esas razones.

Las razones manifestadas por los ciudadanos en los escritos de *habeas corpus* -y por los jueces en sus resoluciones- van determinando los límites de la discrecionalidad policial y permiten vislumbrar qué patrones de actuación cuentan como aceptables. Esto es posible desde que la influencia que los ciudadanos ejercen a través del *habeas corpus* sobre la discrecionalidad policial es una influencia direccionada. Siguiendo esta línea, Pettit afirma que:

The influence must give rise to a recognizable pattern in the process and that pattern must be one that you seek; the influence, as we say, must control for the appearance of a desired pattern. The influence must not only make a difference, as any form of influence will do; it must make a designed difference. (Pettit, 2012, p.154)⁸⁰.

Dado lo anterior, se puede sostener que el *habeas corpus* cuenta como un mecanismo de control sobre la discrecionalidad policial y que, por lo tanto, contribuye a su legitimidad. Este puede funcionar de manera óptima, promoviendo la legitimidad de los ámbitos de discrecionalidad policial hasta alcanzar el umbral de legitimidad determinado por el test de la mala suerte. Otra posibilidad es que el mecanismo resulte sub-óptimo, por no garantizar alguno de los aspectos del control republicano o por hacerlo de modo insuficiente. En este

⁷⁹ “Bara, Sakho s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ Mbaye, Ibrahima s/ inf. arts. de la ley 23.098 (Habeas Corpus)”

⁸⁰ La influencia debe dar lugar a un patrón reconocible en el proceso y ese patrón debe ser uno que usted busca; la influencia, como decimos, debe controlar la aparición de un patrón deseado. La influencia no solo debe hacer una diferencia, como cualquier forma de influencia hará; debe hacer una diferencia diseñada.

último caso, el ámbito de discrecionalidad controlado no superará el umbral de legitimidad y la introducción del mecanismo de control puede mantener el nivel de dominación policial o reducirla hasta un punto que no alcanza el umbral. Sin embargo, es posible que la incorporación de un mecanismo de control popular al esquema institucional introduzca dependencia de nuevos agentes o agencias. En este caso se agrega dominación, originada en el mecanismo de control a la dominación, que supone la falta de control de la discrecionalidad policial. De estos mecanismos de control puede decirse que son “peor que nada”. Si comparamos dos mundos, uno en el cual existe el mecanismo de control y otro en el cual no existe, en el primero habrá más dominación que en el segundo. Este problema no es exclusivo de los ámbitos de discrecionalidad ni del control judicial, por lo que puede servir para advertir sobre situaciones similares en otros ámbitos.

Veamos cómo la incorporación de un mecanismo de control al esquema institucional puede introducir dominación. La discrecionalidad policial dominadora supone que la policía tiene acceso a la opción de interferir (I) y no interferir (NI) en el conjunto de opciones que componen la libertad ambulatoria o de tránsito, es decir, transitar (T) o no transitar (NT) por el espacio público. El poder discrecional de la policía y, en consecuencia, la interferencia en la opción (T) originada en este será legítima si la elección de los agentes entre (I) y (NI) está sometida a control popular. Aquí se requiere que la elección entre (I) y (NI) no dependa en última instancia de la policía. En un mundo donde la elección entre (I) y (NI) depende en última instancia de la policía, estamos dominados, y el ámbito de discrecionalidad puede ser calificado como ilegítimo. En este contexto se incorpora un mecanismo de control popular sobre el poder discrecional, que faculta a la policía a elegir entre (I) y (NI). El control popular requiere que los ciudadanos influyan en la elección de la policía entre (I) y (NI). Influyen activamente, eliminando una de las opciones para determinados casos, pero también influyen

a través de la disposición de corregir o reformular el modo en que la policía elige entre (I) y (NI) en diferentes casos o grupos de casos. La influencia popular de los ciudadanos sobre la discrecionalidad policial también puede ser representada por un conjunto de opciones, consistentes en influir activamente (IA) o no influir activamente (NIA), pero manteniendo el acceso y disposición a la opción de interferir activamente. Esta última opción representa las influencias de reserva y virtual.

La incorporación del *habeas corpus* supone la introducción de potenciales agentes dominadores. La dominación introducida por el mecanismo de control deja sujeta a la voluntad de los jueces el conjunto de opciones de los ciudadanos, consistentes en influir activamente (IA) o (NIA). Estas opciones estarán dominadas, a menos que el diseño institucional del mecanismo de control les quite a los jueces el poder de elegir entre canalizar la influencia popular (CIP) -sea activa, de reserva o virtual- o no hacerlo (NCIP). Y, desde que la influencia sobre el poder discrecional de la policía queda condicionada, las opciones que en definitiva se buscaba proteger, a saber: transitar (T) o no transitar (NT), quedan sujetas al poder de interferencia incontrolado de la policía y de los jueces. Dada la forma institucional del mecanismo de control, los ciudadanos sufrirán dominación de manos de la policía y de los jueces en las opciones que componen la libertad ambulatoria.

La incorporación de un mecanismo de control que en lugar de reducir la dominación originada en el ámbito de discrecionalidad policial la mantiene, pero además introduce dominación de nuevos agentes como los jueces o, incluso, los abogados, puede llevar al sistema penal a la línea de ilegitimidad absoluta. Como ya se vio, cuando este umbral es alcanzado se extingue el deber de los ciudadanos de obedecer el derecho y de impugnar las leyes o prácticas arbitrarias solo a través de medios institucionalmente reconocidos.

Que un mecanismo de control popular como el *habeas corpus* cuente como “peor que nada”, depende de dos tipos de variables: por un lado, el diseño institucional del mecanismo de control; por el otro, la práctica institucional desarrollada por los funcionarios que operan el mecanismo de control, a saber, los jueces. En este capítulo me ocuparé, en primer lugar, de describir la regulación legal del *habeas corpus* en Argentina y Córdoba particularmente y, en segundo lugar, de describir la práctica judicial en la Provincia de Córdoba.

2. El habeas corpus en Argentina y Córdoba

El *habeas corpus* es una institución jurídico-política destinada a proteger la libertad ambulatoria de los ciudadanos. Más específicamente, se trata de una institución que consagra el derecho de los ciudadanos a que se someta a control judicial los actos estatales que comprometen la libertad ambulatoria. Su origen se vincula al derecho de resistencia a la autoridad, cuando esta obra tiránicamente. La importancia de este mecanismo de control radica en que la protección de la libertad ambulatoria es una precondition para el ejercicio de derechos necesarios para el control popular, como el derecho de asociación, de participación política y de oposición.

Aunque en el derecho romano el *habeas corpus* no aparece nombrado de este modo, se consagraba bajo el nombre *homine libero exhibendo*, es decir, el derecho a recuperar el estatus de *sui iuris* o ciudadano libre. En este antecedente se puede ver la conexión entre el control del poder de interferir en la libertad ambulatoria y la libertad como un estatus asociado a la ciudadanía. Con posterioridad, y simplificando el análisis histórico, el *habeas corpus* aparece en la historia institucional inglesa regulado en la *Assise of Clarendon* (1166)

del Siglo XII, aunque erróneamente algunos han pensado que su origen en el derecho inglés se remontaba a la Carta Magna, que consagraba que:

No Freeman shall be taken or imprisoned, or be disseized of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will we not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the Law of the land⁸¹.

Sin embargo, el procedimiento de *habeas corpus* recién fue reglamentado por primera vez en 1679 en la *Habeas Corpus Act* (Halliday, 2010). Este procedimiento se aplicaba de manera restringida al derecho penal, pero quedaban excluidos los delitos graves y el delito de traición. A través de este procedimiento, los prisioneros -o un tercero en su nombre- podían impugnar y solicitar la revisión de la detención al Lord Canciller, los ministros del Banco del Rey y los Barones del Tesoro⁸². En Estados Unidos, el *habeas corpus* fue incluido en la lista de principios esenciales del gobierno, enumerados por Thomas Jefferson en su primer discurso (Holowchak, 2016).

En el ámbito del sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, el *habeas corpus* es reconocido como un instrumento para la protección de la libertad de las personas. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 9, establece que “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. Adicionalmente, la libertad es protegida gracias al reconocimiento de un mecanismo de control universal sobre el poder de sometimiento por parte de otros ciudadanos, el Estado del cual el protegido es ciudadano, Estados extranjeros o ciudadanos de un Estado extranjero. Por su parte, el artículo 8 dispone que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales

⁸¹ Ningún hombre libre será tomado o encarcelado, o será liberado de su propiedad, libertad o aduanas libres, o será proscrito, exiliado, o en cualquier otra forma dañado; ni lo examinaremos, ni lo condenaremos, sino por el juicio lícito de sus pares, o por la ley de la tierra. (Traducción propia).

⁸² Habeas Corpus Act 1679, www.legislation.gov.uk .

nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9, inc. 1, consagra el derecho a la libertad y a la seguridad personales, estableciendo que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. En el inc. 4, el Pacto garantiza el recurso a la justicia, a los fines de que esta revise la legalidad de la privación de la libertad. La Convención Americana de Derechos Humanos regula en tres artículos la protección a la libertad personal y el recurso al *habeas corpus*. En primer lugar, el art. 7 reconoce en su inc. 1° “el derecho a la libertad y a la seguridad personales” e introduce el principio de legalidad en su inc. 2° al establecer que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. El inc. 3° establece que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”, y en los inc. 4° y 5° regula cuáles son las garantías relacionadas con el debido proceso y el juez natural que deben observarse ante la privación de la libertad⁸³. Por último, el inc. 6° consagra el derecho humano a acceder al *habeas corpus* reconociendo que:

Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes, cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

⁸³ Inc. 4°: Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

Inc. 5°: Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Siguiendo esta línea, la primera parte del art. 7 inc.6° de la CADH contempla aquello que la doctrina denomina “*habeas corpus* reparador”, mientras que la segunda se refiere al “*habeas corpus* preventivo”. Por último, en ambos casos se consagra un esquema de legitimación activa amplia, al establecerse que “los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

En el ámbito nacional, la Constitución de 1853, en su artículo 18, establecía que "nadie puede ser arrestado sino en virtud de una orden escrita emanada de una autoridad competente". Sin embargo, no reguló el *habeas corpus*, hecho que fue considerado por la doctrina mayoritaria como un vacío lamentable⁸⁴. Con posterioridad, el *habeas corpus* fue receptado en el artículo 20 de la Ley 48 promulgada en 1863 y en el Título IV, Sección II del Libro cuarto del Código de Procedimientos en lo Penal de la Nación. Ambas legislaciones fueron derogadas con posterioridad y el *habeas corpus* pasó a estar legislado por la Ley 23098, sancionada en 1984, poco tiempo después del retorno de la democracia (Sagües, 2008). En los fundamentos a favor de la ley se destaca que tiene por objetivo proteger la libertad ambulatoria, concepto comprensivo del *jus movendi et ambulandi* o *power of locomotion*, en la terminología anglosajona. Se consideró la libertad ambulatoria como un derecho fundante, en el sentido de que es una condición necesaria para el ejercicio de otros derechos humanos y derechos individuales, civiles, políticos, económicos y sociales.

La Ley de *habeas corpus* establece, en su artículo 3, que este procede cuando un acto u omisión de la autoridad implica limitación, amenaza actual a la libertad ambulatoria, que no está fundada en la orden escrita de una autoridad competente, y agravamiento

⁸⁴ Diario de sesiones de la Convención Constituyente 1994, Tomo I, p. 472.

ilegítimo de la forma y condiciones de la privación de la libertad. Germán Bidart Campos (1998) destacaba que la Ley 23.098 introduce dos importantes innovaciones: por un lado, si la restricción de la libertad ambulatoria se produce durante el estado de sitio, el juez del *habeas corpus* puede controlar -en el caso sometido a su decisión- la legitimidad de la declaración del estado de sitio⁸⁵; y, por otro lado, si la limitación a la libertad se lleva a cabo por orden escrita de una autoridad que actúa en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución, el juez del *habeas corpus* podrá declarar de oficio la inconstitucionalidad en el caso concreto sometido a su decisión⁸⁶.

La Ley 23098 de *habeas corpus* ofició de antecedente para el reconocimiento constitucional del *habeas corpus* como garantía constitucional de la libertad ambulatoria en la reforma de 1994. El artículo 43 introducido en la reforma establece que “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”. Por su parte, la Constitución de la Provincia de Córdoba en el artículo 47, reformado en 1987, establece que “Toda persona que de modo actual o inminente sufra una restricción arbitraria de su libertad personal, puede recurrir por cualquier medio, por sí o por terceros en su nombre, al juez más próximo para que tome conocimiento de los hechos y, de resultar procedente, mande a resguardar su libertad o haga cesar la detención en menos de veinticuatro horas. Puede ejercer esta acción quien sufra una agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, sin detrimento de las facultades propias del juez del proceso. La violación de esta norma

⁸⁵ En este sentido: Corte Sup. 03/12/1985 Granada, Jorge Horacio s/ recurso de *habeas corpus* en su favor. Fallos: 307:2284.

⁸⁶ En igual sentido: Corte Sup. 19/11/1945 Doregger, Bernardo y otros - Fallos: 203:256.

por parte del juez es causal de destitución”.

En consecuencia, con este esquema institucional, el poder discrecional en materia contravencional que administran los funcionarios de la policía de la provincia de Córdoba está sujeto al control judicial a través del *habeas corpus*. Ello es así porque la discrecionalidad policial en materia policial otorga a estos funcionarios la opción de interferir (I) o no interferir (NI) en el conjunto de opciones que componen la libertad ambulatoria de los ciudadanos.

En la Provincia de Córdoba, el *habeas corpus* está regulado por la parte sustantiva de la legislación Ley Nacional de *habeas corpus* y por lo establecido en la Constitución provincial. Sin embargo, en lo relativo al procedimiento, no rige la Ley nacional de *habeas corpus*. Así lo estableció el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en el caso Möller⁸⁷. En este fallo, el tribunal señaló que “Ante la necesidad de establecer cuáles son las disposiciones que deben disciplinar el trámite de la referida garantía constitucional, en el referido precedente se entendió que las normas que resultan más acorde para integrar el referido vacío normativo son las establecidas en el Código Procesal Penal actualmente vigente en esta provincia”. El tribunal argumentó, citando los convencionales constituyentes provinciales, que “La ley 23.098 es de contenido constitucional, crea un sistema independiente que no queda incorporado al Código Procesal Penal (Nacional) y consta de dos partes que nos interesa destacar: una, que es aplicable a todo el territorio nacional, cualquiera que sea el tribunal que la aplique (nacional o provincial), sin perjuicio que se apliquen las constituciones provinciales o leyes locales en la materia, cuando se estime que ellas confieren protección más eficiente: la otra parte, rige solamente en el ámbito federal, porque tiene naturaleza fundamentalmente procesal; es decir, que dicha ley respeta la competencia de las provincias para dictar normas de procedimiento en

⁸⁷ *Habeas corpus* presentado por María Angélica de Möller -Recurso de Casación-. (sentencia 114, 30-04-2010).

sus respectivas jurisdicciones⁸⁸.

Además, el tribunal concluyó que “el Código de Procedimiento Penal vigente en la provincia de Córdoba provee una mayor tutela para la garantía de la libertad ambulatoria y de las condiciones de detención”⁸⁹.

La inaplicabilidad del procedimiento de *habeas corpus* regulado en la Ley nacional no motivó la sanción de un procedimiento específico para el ámbito de la provincia. Aunque se presentaron diferentes proyectos en la legislatura provincial, ninguno llegó a ser tratado y debatido⁹⁰. En una dirección diferente, otras provincias sancionaron leyes provinciales de *habeas corpus*. Tal es el caso de Corrientes (Ley 5.854, de 2008), Tierra del Fuego (Ley 333, de 1996) o Chaco (Ley 4.327, del mismo año). En otros casos, como el de la Provincia de Buenos Aires, se lo reguló como un capítulo específico de los procesos penales (Ley 11.922, arts. 405 a 420). Tucumán adoptó una solución diferente, consistente en la creación de un Código Procesal Constitucional (Ley 6.944), cuyo Capítulo II está dedicado al procedimiento de *habeas corpus*.

La falta de una ley que establezca un procedimiento específico condiciona la influencia popular sobre la discrecionalidad policial a través del *habeas corpus*. Tal condicionamiento deriva del hecho de que los jueces conservan poder para manipular el procedimiento y generar o eliminar instancias o medidas que, de otro modo, podrían estar reguladas. Ante la falta de regulación, el procedimiento que los jueces decidan puede variar de acuerdo con circunstancias contingentes. Podría ser el caso de que quien interpone el

⁸⁸ Según el Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente (29na. Reunión, 16ª. Sesión ordinaria, 20 y 21 de abril de 1987 p. 1606), (convencional constituyente Ernesto Gavier).

⁸⁹ Tal es el caso del término para poder recurrir la resolución de *habeas corpus* es de tres días (C.P.P., art. 461); este resulta mayor al previsto en la Ley nacional de *habeas corpus* que prevé un plazo de veinticuatro horas (art. 19, Ley 23.098).

⁹⁰ Tal es el caso del Proyecto de Ley Provincial de Habeas Corpus de autoría del legislador Roberto Birri. Este proyecto fue presentado en 2012.

habeas corpus resulte una persona influyente y, por lo tanto, el juez decida operar con celeridad. Mientras que, si se trata de un ciudadano vulnerable, el juez puede proceder a un ritmo que hace del mecanismo de control un mecanismo ilusorio, es decir, de ningún valor o efecto. Aunque este rasgo del diseño institucional también puede comprometer el carácter individual y la eficacia de la influencia, socava principalmente el carácter robusto del control popular sobre la discrecionalidad policial en materia contravencional. En consecuencia, la falta de regulación es compatible con la ausencia de un nivel adecuado de cuidado de los jueces respecto del control que los ciudadanos deben ejercer sobre el poder de interferencia discrecional de la policía. Esta falta negligente cuenta como interferencia invasiva de la elección de los ciudadanos entre la opción de influir activamente (IA) o no influir (NIA), pero mantener la disposición requerida por la influencia de reserva o virtual. Avanzaré sobre este punto al analizar los datos de la práctica judicial local y en el capítulo final, proponiendo una regulación del mecanismo que establezca estándares que permitan identificar con facilidad la negligencia judicial.

El análisis de la regulación legal de este mecanismo de control es insuficiente para evaluarlo a la luz del ideal republicano de legitimidad. La falta de determinación de diversos aspectos del mecanismo de control refuerza la necesidad de completar el análisis, incluyendo una evaluación de la práctica judicial. Para ello, en el próximo apartado presentaré y analizaré datos aportados en el informe *El control judicial de las políticas de seguridad a través del habeas corpus*.

3. El control popular de la discrecionalidad policial y la práctica judicial

En este apartado me ocuparé de analizar datos sobre la práctica judicial del *habeas corpus* en el ámbito de la discrecionalidad policial en materia contravencional. Para ello, recurriré a los datos obtenidos en el marco del proyecto de investigación *Acceso a la justicia, el caso de los jóvenes afectados por el Código de Faltas de la Provincia de Córdoba* (Frontalini (coor.), 2015). Los datos expuestos fueron obtenidos a partir del relevamiento y análisis de las respuestas judiciales a la presentación de *habeas corpus* instados con relación al uso de la discrecionalidad policial en materia contravencional. En este informe se analizaron las sentencias de *habeas corpus* de los juzgados de control de la ciudad de Córdoba y algunos juzgados del interior de la provincia. Los juzgados de control son los encargados de resolver los *habeas corpus* en virtud de la Acordada N° 007 del 14/05/1998 del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Pero la competencia de los juzgados de control del interior de Córdoba presenta una particularidad relevante desde el punto de vista republicano: se trata de juzgados multifueros, que también funcionan como juzgados contravencionales. Los jueces contravencionales o de faltas son los encargados de rectificar o ratificar en sede judicial lo actuado por la policía en ejercicio de la discrecionalidad. Este tipo de organización contradice el carácter incondicionado del control, pues reúne en un solo funcionario la función de controlar y de ser controlado.

En el transcurso de la investigación que introducimos se relevaron más de 500 resoluciones de *habeas corpus*, dictadas entre 2012 y 2014. Del total de resoluciones relevadas, solo 52 se pudieron vincular a la discrecionalidad policial en materia contravencional. Este número parece desproporcionadamente bajo si se lo analiza a la luz de dos factores: por un lado, a la luz de la cantidad de detenciones originadas en el ámbito de discrecionalidad policial bajo análisis. De acuerdo con un informe del gobierno, en la ciudad

de Córdoba las detenciones llegaron en 2009 a 27.000, en 2010 a 37.000 y en 2011 a 42.700; esto supone que en el año 2011 se realizaron 200 detenciones diarias⁹¹. Por otro lado, el factor de las movilizaciones públicas en contra de las detenciones arbitrarias asociadas a la discrecionalidad policial en materia contravencional.

El informe muestra que, aunque para la presentación de un *habeas corpus* no se requiere el patrocinio de un abogado, la mayoría son presentados por un abogado en representación del afectado (Tabla 1). Si comparamos este dato con el obtenido en el relevamiento sobre la aplicación del Código de Faltas en la Ciudad de Córdoba (Frontalini et al., 2012), de acuerdo con el cual el 95,9% de los detenidos a consecuencia del ejercicio de la discrecionalidad policial delegada en materia contravencional no habían recibido asistencia legal, puede advertirse la existencia de impedimentos cognitivos y objetivos al ejercicio de la influencia activa. La falta de conocimiento de la no necesidad de patrocinio legal, y el error y manipulación provocados por los abogados, cuenta como un impedimento cognitivo a la utilización del mecanismo. Dado lo anterior, la falta de acceso al patrocinio legal de los sectores afectados cuenta como un impedimento objetivo. Estos datos son insuficientes para identificar las causas de la falta de acceso al mecanismo de control, pero son un indicio de que el carácter igualitario del acceso a la influencia se encuentra comprometido.

A este dato empírico sobre el acceso al mecanismo de control se suma un dato jurídico, relativo a la interpretación judicial de la legitimación requerida para la interposición de un *habeas corpus*. De acuerdo con la interpretación dominante, solo los afectados, familiares y asociaciones legalmente reconocidas -que especifiquen entre sus objetivos la

⁹¹ Respuesta al pedido de informe legislativo realizado por la Dra. Adela Coria-legisladora provincial- y el Dr. Horacio Javier Etchichury- profesor de la UNC-. Del total de detenciones en la provincia, 17.000 corresponden solo a la ciudad de Córdoba. La voz del interior 03/11/2012: 200 detenidos diarios por Código de Faltas.

interposición de acciones judiciales- están legitimados para hacer uso del mecanismo⁹². Por el contrario, la interpretación de que cualquier ciudadano puede hacer uso del mecanismo es minoritaria⁹³. Esta interpretación jurídica hace del *habeas corpus* un mecanismo menos accesible que en un mundo alternativo, en el cual la legitimación se interpreta de manera amplia, quedando incluidas las asociaciones u organizaciones sociales sin reconocimiento legal y los ciudadanos que, sin tener vínculo con el afectado, quieren influir activamente sobre el rumbo que adopta la discrecionalidad policial. La interpretación dominante excluye del control a aquellos ciudadanos que se organizan en torno a organizaciones que no se encuentran reconocidas legalmente y solo pueden acceder al control popular a través de estas. Tal era el caso de las trabajadoras sexuales en la ciudad de Córdoba, quienes resultaban especialmente afectadas por la aplicación de una de las contravenciones estipuladas en el Código de Faltas, a saber, prostitución escandalosa. Sin embargo, las afectadas encontraban impedimentos jurídicos para acceder al mecanismo de control a través de la organización que las nuclea. En un primer momento, porque el Estado les negaba el reconocimiento de la personería jurídica ⁹⁴, y en un segundo momento, porque en su estatuto no definían de manera específica la presentación de acciones judiciales para la defensa de sus derechos⁹⁵.

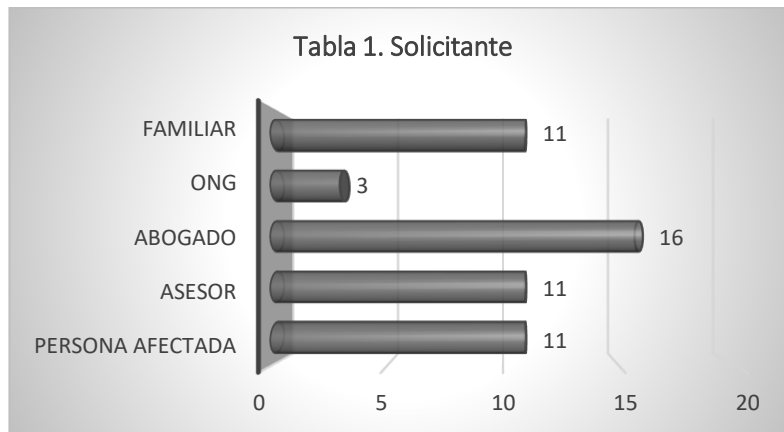
⁹² Alberti, Huber Oscar y otros c/ provincia de Córdoba - Acción Autónoma de Inconstitucionalidad.

⁹³ Ver Seleme, Hugo Omar; Frontalini Rekers, Romina; Moyano, Ramiro; Di Santo, Francisco; Rodríguez Nasuti, Florencia; Truccone, Santiago. Hábeas corpus colectivo, legitimación activa y ciudadanía. LLC2015 (agosto), 715. Cita Online: AR/DOC/2520/2015.

⁹⁴ Asociación civil AMMAR Córdoba. Aravena, María Eugenia – Mendoza, Blanca Asucena – asociación civil AMMAR Córdoba – asociación civil clínica jurídica de interés público Córdoba c/ superior gobierno de la provincia de Córdoba” amparo (ley 4915) expte. N° 251172/37

⁹⁵ Habeas corpus presentado por Job, Sergio Fernando y Rodríguez, Martín a favor de las trabajadoras sexuales miembros de AMMAR Córdoba - habeas corpus. Expediente:2547845.

Finalmente, la legitimación de esta asociación para la presentación de *habeas corpus* en nombre de las trabajadoras que nuclea y resultan afectadas por las detenciones fue reconocida en una instancia posterior.



Un segundo dato expuesto en el informe muestra (Tabla 2) que la mayoría de los *habeas corpus* fueron presentados mientras el afectado no se encontraba detenido. En estas presentaciones, los afectados alegaban que la policía interfería frecuentemente en la opción de transitar en virtud del poder discrecional que administran en materia contravencional. En las presentaciones, el carácter arbitrario de los patrones de actuación policial también ocupa un lugar relevante. En este sentido, la utilización del mecanismo constituía un intento de influir sobre el poder discrecional de la policía para imprimirle una dirección aceptable.

Esta variación en el objetivo de la influencia responde a una clasificación de la doctrina, que distingue entre *habeas corpus* reparador y preventivo. El *habeas corpus* reparador es aquel que se presenta mientras el afectado se encuentra detenido, con el objetivo de que recobre la libertad. Sin embargo, a través de este tipo de acción judicial, los ciudadanos también buscan influir prospectivamente sobre la toma de decisión de la policía, revisando la decisión que mantiene detenido al afectado y reafirmando que la policía no tiene el control último en la elección entre interferir (I) o no interferir (NI). Sus opciones verdaderas son I-si el pueblo quiere o NI-si el pueblo no quiere. Como vimos, esto no significa reconocer una forma de populismo penal, porque el control sobre el poder discrecional de la policía le garantiza a cada ciudadano, y no a la mayoría, solo la igual

probabilidad de que su punto de vista se vea reflejado en la elección de la policía de interferir (I) o no interferir (NI).

Por el contrario, el *habeas corpus* preventivo es aquel al que se recurre cuando el afectado no se encuentra detenido, pero su libertad está comprometida. En este caso, la opción de transitar (T) del afectado ha sido sustituida, como consecuencia de una práctica policial, por la opción de T + detención. En este caso, la opción de transitar (T) del afectado ha sido sustituida, como consecuencia de una práctica policial, por la opción de T + detención. Aquí se introduce la variable de la arbitrariedad de la dirección que adopta la práctica policial basada en el estereotipo, descrita en el capítulo anterior. La portación del estereotipo eleva en estos casos la probabilidad de resultar detenido y, en consecuencia, se convierte en una amenaza para la libertad de los afectados. Una vez que la sustitución de la opción pasa a formar parte del conocimiento común, ya no son requeridas las detenciones para lograr que los ciudadanos del grupo desventajado se abstengan de transitar por determinadas zonas de la ciudad o fuera de sus barrios, o deban congraciarse con la policía para hacerlo.

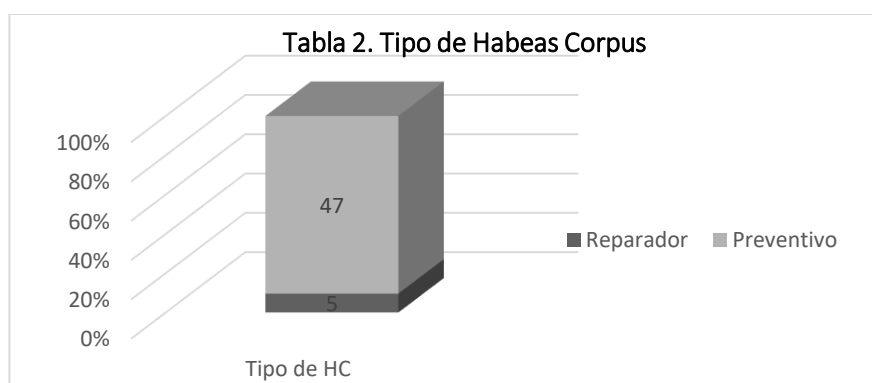
Lo relevante de esta operación es que la sustitución de la opción T por T + detención para los ciudadanos comprendidos en el estereotipo tiene lugar en ejercicio de un poder que no se encuentra bajo el control de estos. En consecuencia, la probabilidad de que los afectados sufran una interferencia (I) no depende de la mala suerte, ya que, como se vio, no todos los ciudadanos tienen las mismas probabilidades de ser detenidos, ni de algo imputable a los afectados, ya que no hay nada distintivo en el comportamiento de los afectados que motive la detención. La probabilidad de la interferencia policial y de que la opción T sea sustituida por T + detención depende de la policía. Esto significa que la policía tiene el control último sobre las opciones T o NT, y esto es algo que se puede cambiar haciendo que

la variación de tal probabilidad dependa de los afectados. El *habeas corpus*, junto a otros mecanismos de control, está destinado a cumplir este rol. A través de la utilización del mecanismo de *habeas corpus*, los ciudadanos afectados por estas prácticas buscan incidir sobre el proceso de toma de decisión de la policía, a fin de que se garantice que en el futuro solo resultarán afectados como consecuencia de la mala suerte o de algo de lo que ellos mismos puedan culparse.

Las diferentes concepciones sobre la libertad no solo determinan el modo en que concebimos cada tipo de *habeas corpus* y el objetivo de esta institución, sino también el modo en que se interpretan la amenaza a la libertad y los medios probatorios utilizados. De acuerdo con una concepción liberal de libertad, vigente en el razonamiento de los jueces, solo la detención o la probabilidad de la detención arbitraria -probada a través de la existencia de una orden de detención- ameritan la intervención en la discrecionalidad policial a través del *habeas corpus*. De ello dan cuenta las medidas probatorias adoptadas por los jueces para resolver los *habeas corpus* y los fundamentos que prevalecen para justificar su rechazo. Por el contrario, la concepción republicana de libertad como no-dominación es más amplia y, en consecuencia, la actuación judicial basada en esta requerirá mayores esfuerzos en términos de investigación y justificación.

La intuición republicana de que el problema está en el poder de interferencia incontrolado de la policía aparece más frecuentemente en el razonamiento de los afectados, mientras que está ausente en la práctica judicial. El tipo de afectación a la libertad que motiva la utilización del mecanismo se ve mejor reflejado en la idea de sujeción a la voluntad de la policía que en las detenciones o en la probabilidad de resultar detenido. De la existencia de esta sujeción da cuenta el hecho de que los afectados han desarrollado estrategias para evitar las detenciones. El desarrollo de esas estrategias requiere la adaptación a una vida donde el

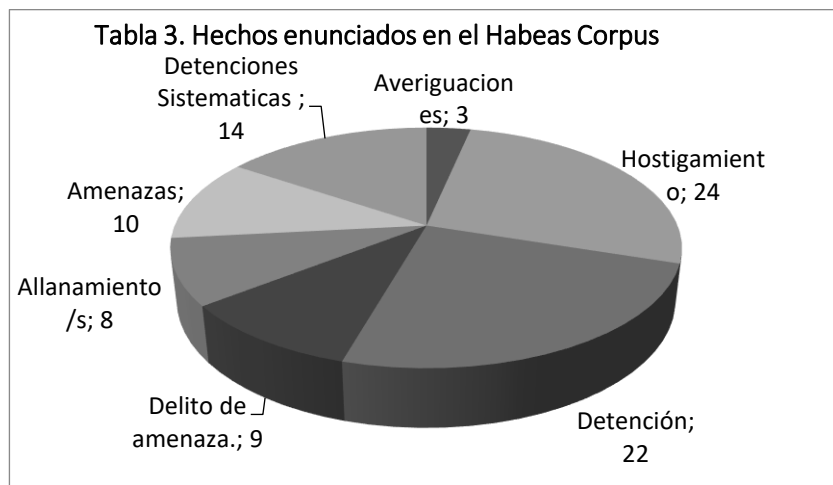
ejercicio de otros derechos se ve condicionado, como el derecho al trabajo, a la educación y a la recreación. A través de este tipo de estrategia, los afectados pueden evitar las detenciones y reducir su probabilidad. Pero incluso cuando logran reducir la probabilidad de ser detenidos, mantienen un reclamo en términos de libertad. Cuando los afectados describen tal sujeción, suelen hacer referencia a las opciones que renuncian para evitar la elección T + detención. Una mala comprensión de lo que requiere la libertad ha llevado a que los jueces interpreten y rechacen *habeas corpus* por “objeto extraño”, argumentando que este está destinado a proteger la libertad ambulatoria, y que la vía para la protección de otros derechos es el amparo⁹⁶. Los jueces no han advertido que la referencia a la frustración de otros derechos, aún en ausencia de interferencia estatal, es una consecuencia de la dominación a la que se encuentran sometidos en el ámbito de las opciones que comprenden el ejercicio de la libertad ambulatoria.



En el informe también se describen los hechos denunciados por los afectados y considerados por los jueces como relevantes para la evaluación del estado de libertad. Estos van de la detención y la amenaza hasta el mero hostigamiento (Tabla 3). Pero la sujeción en

⁹⁶ Habeas Corpus presentado por Job, Sergio Fernando y Rodríguez, Martín, a favor de las trabajadoras sexuales miembros de AMMAR Córdoba”, Expte. SAC 2547845. Así el juez argumentó a favor del rechazo diciendo: “no puedo soslayar que de lo expuesto en varios pasajes de la presentación traída a consideración de este Tribunal, se advierte que el reclamo se vincula, en lo medular, con el derecho a trabajar”. De este modo, el juez no advierte que la opción trabajar es autocensurada como consecuencia del costo que tiene hacerlo en el espacio público, a saber, la detención.

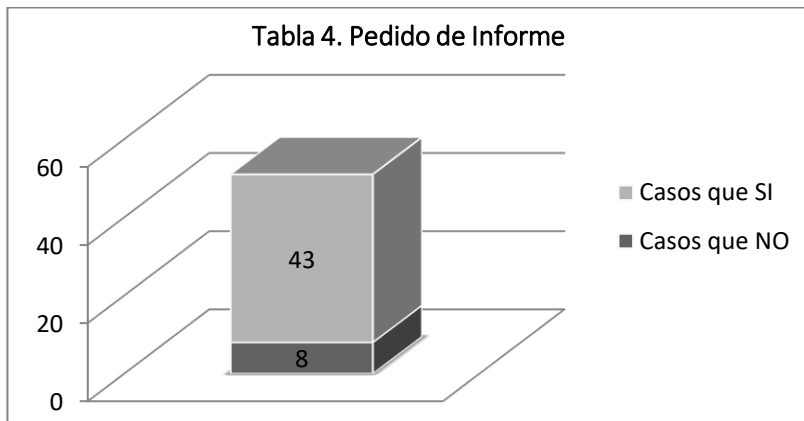
sí misma aparece en relación con otras opciones, protegidas por otras libertades fundamentales. Un dato relevante es que los hechos enunciados no se limitan a la interferencia o amenaza de interferencias, sino que comprende impedimentos que caracterizan la dominación sin interferencia, como la vigilancia y la intimidación (Pettit, 2012, pp.60-64).



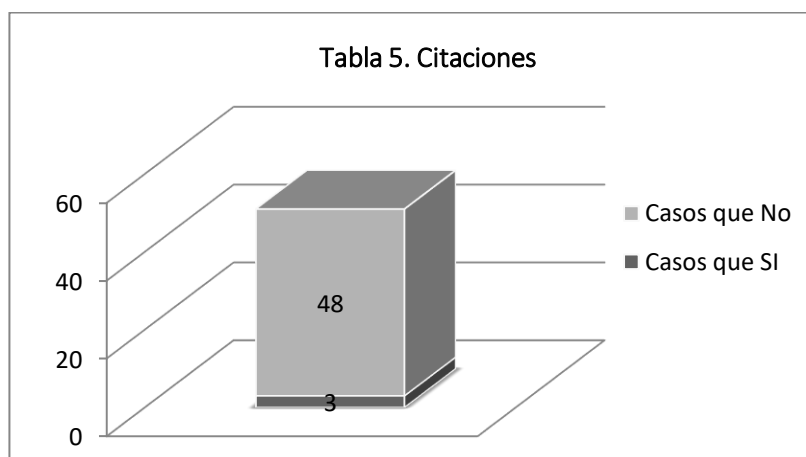
En sus decisiones, los jueces no consideraron relevantes datos relativos a la edad, género, situación socioeconómica y residencia de los afectados. De modo que no se hicieron eco de la existencia de un patrón de actuación policial basado en tales variables. Adicionalmente, analizaron los casos de manera aislada, sin considerar la posibilidad de que encuadran en un esquema de dominación estructural. Para hacer esto solo habría bastado que los jueces se hagan eco de la queja social y de investigaciones científicas que describían la práctica policial. Considerando esto podrían haber solicitado información a la policía, que excediera el caso que motivó la presentación. Adicionalmente, la falta de consideración de estas variables elimina la posibilidad de que el Estado releve y sistematice información sobre los patrones de actuación policial y sobre las características de aquellos que logran acceder al mecanismo de control.

Las medidas probatorias adoptadas por los jueces dan cuenta del tipo de mal con el que los jueces creen que deben lidiar. El mal que tienen en mente los jueces es el de la interferencia y la amenaza de interferencia. El enfoque de la libertad, vigente en la práctica policial, es congruente y explica que las medidas probatorias se reducen al pedido de informe a la policía, para indagar si el afectado se encuentra privado de la libertad o existe una orden de detención en su contra (Tabla 4). De este modo, los jueces ignoran otro tipo de mal, como la dominación sin interferencia, que tiene lugar a través de la intimidación y la vigilancia y que es ejercida por los funcionarios con un poder discrecional incontrolado. La intimidación y la vigilancia pueden tener iguales efectos que la interferencia y la amenaza de interferencia, provocando que los afectados renuncien a elegir (T) y que renuncien a todas las opciones dependientes de esta opción, es decir, todas las opciones para las cuales transitar por el espacio público es una condición de posibilidad. Adicionalmente, los jueces basan su razonamiento en un presupuesto equivocado al considerar que cualquier amenaza a la libertad ambulatoria solo puede originarse en la existencia de una orden judicial. De este modo, ignoran de manera negligente los supuestos legales en los cuales procede la detención sin orden judicial y, en consecuencia, para la amenaza es suficiente una disposición de los funcionarios policiales a detener a los afectados. Esta disposición es evidente si se consideran los relatos de los afectados y datos estructurales sobre la actuación policial; pero además esta disposición es parte del conocimiento común de los ciudadanos y, en especial, de los jueces, ya que durante el período analizado se investigó y procesó a un comisario por ordenar a sus subordinados realizar una cuota de detenciones preventivas por merodeo a cambio de beneficios laborales para la policía⁹⁷.

⁹⁷ Márquez, Pablo Alejandro p.s.a. abuso de autoridad reiterado (SAC N° 1068483).



Los datos relevados muestran que la voz de los afectados ocupa un lugar intrascendente en el proceso de *habeas corpus*. De esta conclusión da cuenta el hecho de que los afectados solo fueron citados por los jueces en tres supuestos del total de casos relevados (Tabla 5). De las tres citaciones, solo en dos casos los afectados se presentaron a la audiencia con el juez. En el caso en el que el afectado no se presentó a la audiencia, el procedimiento se clausuró sin que se adopte ninguna medida tendiente a indagar las razones por las que no asistió. Estas razones podrían estar vinculadas al abuso policial que motivó la presentación.



En cuanto a la legislación aplicada para justificar las resoluciones, los jueces citan diferentes fuentes jurídicas, sin que exista claridad sobre cuál resulta el derecho aplicable. Entre las diversas fuentes citadas no existen muchas contradicciones en lo referido a los aspectos sustantivos de los casos. Por el contrario, el mayor desacuerdo recae sobre el

procedimiento aplicable. Algunos jueces siguen el procedimiento de la Ley nacional de *habeas corpus* (ley 23.098), la que fue declarada inconstitucional por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁹⁸; otros siguen el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, y en otros casos, los jueces reconocen que no se ajustan a ningún procedimiento en particular.

La ausencia de regulación y adscripción judicial a un procedimiento específico hace del *habeas corpus* un mecanismo condicionado a la voluntad de los jueces, quienes pueden manipular el procedimiento de modo intencional o negligente, socavando el control de los ciudadanos sobre la discrecionalidad policial. Pero lo más relevante de este punto de análisis, es que la ausencia de un procedimiento unívoco es compatible con la negligencia judicial y nos deja sin un criterio claro para determinar el incumplimiento de los deberes judiciales. Como vimos, la falta negligente en tomar un nivel de cuidado esperado para no socavar el control de los afectados sobre el poder de interferencia policial cuenta como interferencia dominadora (Pettit, 2012, p.39; Miller, 1984).

La inexistencia de un procedimiento unívoco hace depender de la voluntad de los jueces la eficacia de la influencia ciudadana sobre la discrecionalidad policial. En un esquema institucional de este tipo, el control popular queda sujeto a la voluntad del juez y a su disposición a no interferir en la opción de influir activamente (IA) de los ciudadanos. La invasión judicial dominadora de la elección ciudadana entre las opciones (IA) o (NIA) se evidencia en el cambio del perfil objetivo y cognitivo de las opciones disponibles. Las opciones disponibles pasan a ser (IA)-si el juez quiere y decide seguir un procedimiento que hace del *habeas corpus* un recurso eficaz, o (NIA). Por lo que, en un mundo posible,

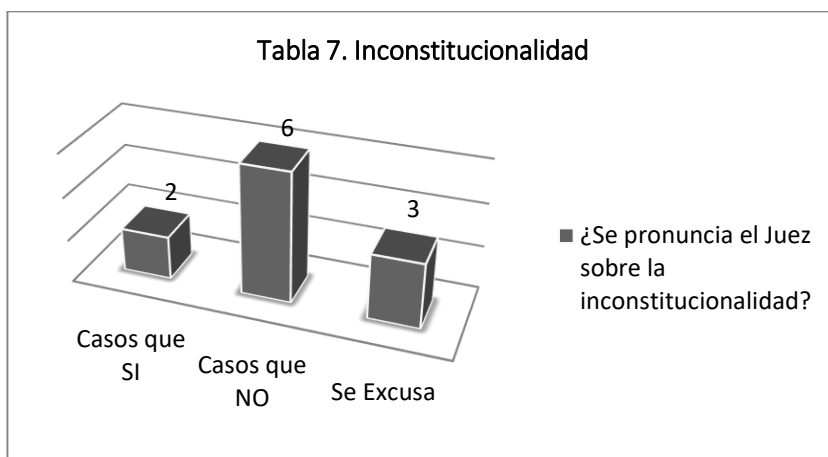
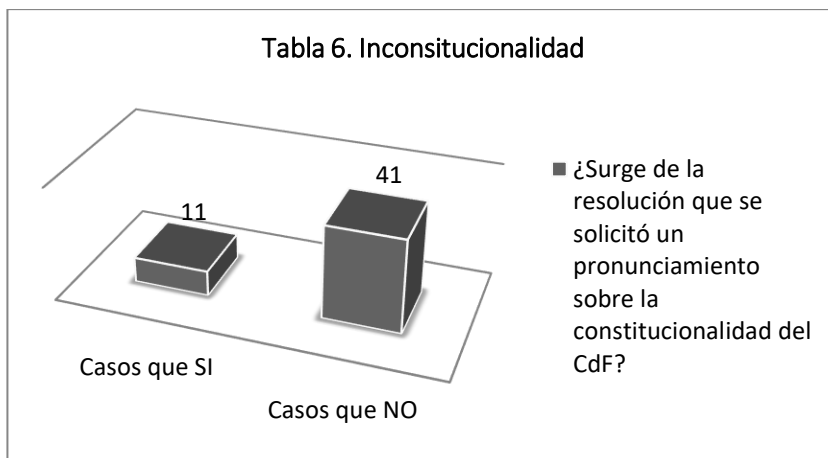
⁹⁸ “Habeas Corpus correctivo presentado por María Angélica O. De Möller Recurso de casación” (sentencia N° 120, 14/6/2007).

por ejemplo, donde usted es un miembro del grupo de afectados, el juez puede impedirle hacer uso de la opción (IA) desgastando su voluntad a través de diferentes mecanismos burocráticos o simplemente no respondiendo por un largo período de tiempo, gracias a la ausencia del constreñimiento de un proceso legal. Mientras que, en otro mundo posible, donde usted es un ciudadano influyente, el juez puede facilitarle el uso de la opción (IA) adaptando su actuación a un procedimiento eficaz y eficiente. En ambos casos la influencia no es robusta, dado que el acceso a la opción (IA) depende del cambio de la voluntad judicial y de las circunstancias, a través de un rango de mundos posibles. Por el contrario, la existencia de un procedimiento unívoco pone bajo el control de los ciudadanos el acceso a la opción (IA).

El informe también exhibe que los jueces no consideran relevante explicitar en sus decisiones si los afectados solicitaron control de constitucionalidad sobre la legislación que delega discrecionalidad en la policía o sobre la actuación policial misma (Tabla 6). Algunas de las resoluciones judiciales fueron cotejadas con el *habeas corpus* presentado y se verificó que, aunque los afectados habían solicitado control de constitucionalidad, los jueces no hacían constar este pedido en la resolución y, adicionalmente, no se pronunciaban sobre la cuestión. En los pocos casos en los que los jueces hicieron constar el pedido de inconstitucionalidad, tendieron a excusarse o directamente omitieron pronunciarse sobre el punto (Tabla 7).

El control de constitucionalidad de los patrones de actuación policial es un mecanismo a través del cual los ciudadanos pueden influir activamente (IA) sobre la dirección de la discrecionalidad policial. Cuando el control de constitucionalidad en los hechos está sujeto a la voluntad de los jueces, fuera de los casos en que el control de constitucionalidad de oficio es una facultad, la opción (IA) queda condicionada a la

voluntad de los jueces.

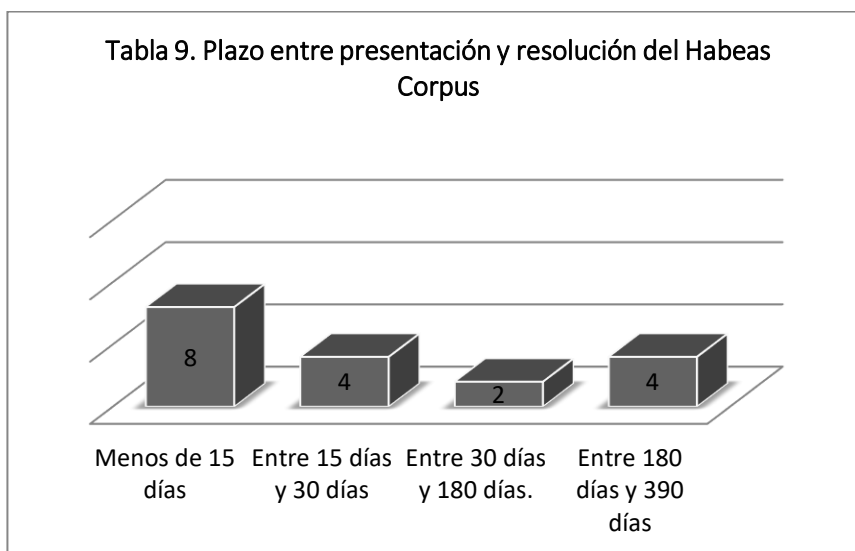
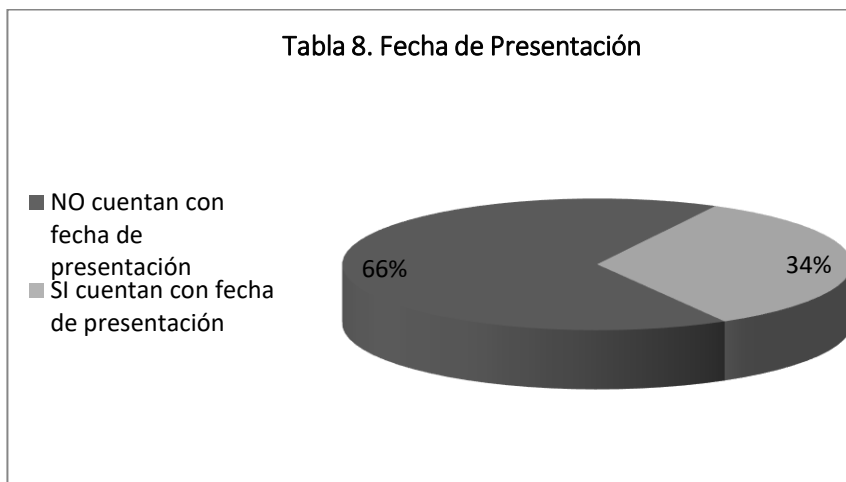


El informe reveló que la mayoría de los jueces no hacen constar la fecha de presentación del *habeas corpus* en la resolución. De este modo, es imposible conocer el tiempo que se tomó el juez para dar una respuesta. La incorporación de la fecha de presentación del *habeas corpus* permitiría conocer la demora, contrastándola con la fecha de la resolución. Como vimos, la demora es un factor que puede desalentar a los ciudadanos a elegir la opción (IA) o a elegir la vía judicial para hacerlo. Esto podría explicar por qué los afectados prefieren el control a través de vías menos formales, como la protesta social.

Como ya se vio, la discrecionalidad policial solo puede resultar legítima si se encuentra sometida a control popular. El control popular requiere que los afectados tenga ellos mismo la opción no dominada de elegir entre influir activamente (IA) o no hacerlo

(NIA). Esta opción queda dominada cuando la (IA) depende de una voluntad que no está bajo nuestro control, como la voluntad de los jueces. Estos nuevos agentes dominadores tienen el poder incontrolado de canalizar la influencia popular (CIP) -sea activa, de reserva o virtual- o no hacerlo (NCIP). Que los afectados tomen el control sobre el poder de interferencia de los jueces requiere de instituciones -como es el caso de un procedimiento- que establezcan límites a la voluntad de los jueces, pero, además, que demanden información sobre cómo operan en cada caso, con el objeto de determinar patrones de negligencia judicial en la función de garantizar la influencia popular (CIP).

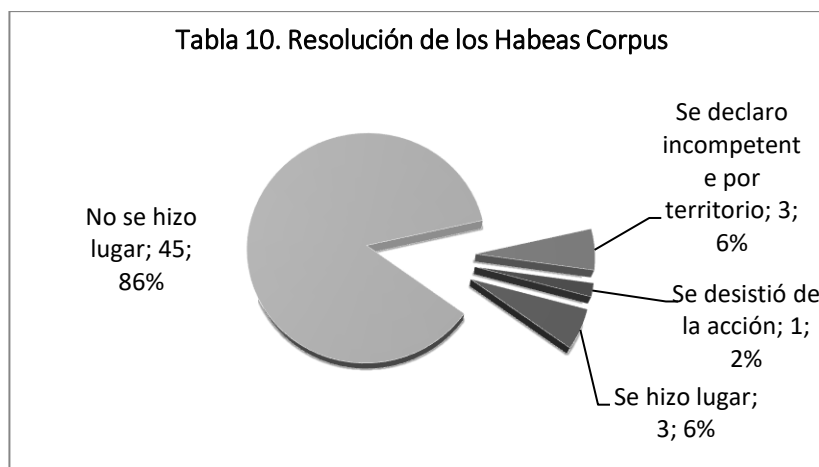
Un modo de asegurar que los jueces canalicen la influencia popular es limitar la opción contraria (NCIP), por ejemplo, estableciendo plazos razonables dentro de los cuales la presentación judicial de un *habeas corpus* cuenta como un mecanismo de influencia popular eficaz contra la dominación policial. La práctica judicial da cuenta de que no existen plazos que condicionen la actuación de los magistrados. En los casos en que se pudo cotejar las fechas de presentación y resolución del *habeas corpus*, el tiempo de demora máximo alcanzó los 390 días. En promedio, los jueces demoraron 83,55 días en resolver el *habeas corpus*. Esta demora no puede ser explicada como consecuencia de las medidas judiciales adoptadas durante el procedimiento porque, como ya vimos, se limitan al pedido de informes. Tampoco puede ser explicada como consecuencia del tiempo que requiere una resolución jurídicamente fundada, pues todas las resoluciones siguen un formato estándar, en el que la argumentación jurídica es mínima. Así, se puede constatar que los jueces utilizaron un modelo de escrito y argumentos similares en todos los casos.



Garantizar la no-dominación judicial sobre la opción de los ciudadanos de influir activamente (IA) sobre el poder discrecional de la policía no conlleva un aumento de la influencia activa a través de la presentación de *habeas corpus*, ni un aumento de las resoluciones judiciales que canalizan tal influencia. Sin embargo, un índice bajo de utilización del mecanismo puede ser un indicio de la existencia de un impedimento judicial al ejercicio de la opción (IA). Del mismo modo, un índice alto de rechazos puede ser un indicio de que la opción (IA) está siendo obstaculizada por los jueces. Esto no solo limita la influencia activa sino también la influencia de reserva y virtual. Este indicio cobra mayor

seriedad si los rechazos no son fundamentados de manera profusa, lo que puede indicar que el rechazo se apoya exclusivamente en la voluntad de los jueces.

Del análisis de los datos, tal como se muestra en la tabla 11, surge que existe un alto nivel de rechazo. En el 86% de los casos los jueces no hicieron lugar al *habeas corpus*. En el 6% de los casos los jueces se declararon incompetentes, basándose en argumentos cuestionables⁹⁹. Finalmente, en un 2% de los casos los afectados desistieron de la acción, sin que los jueces adoptaran ninguna medida de oficio tendiente a identificar si el desistimiento se vinculaba con una situación de abuso policial. Sólo en el 6% de los casos, es decir en tres casos en el período de 3 años, se hizo lugar al *habeas corpus*.

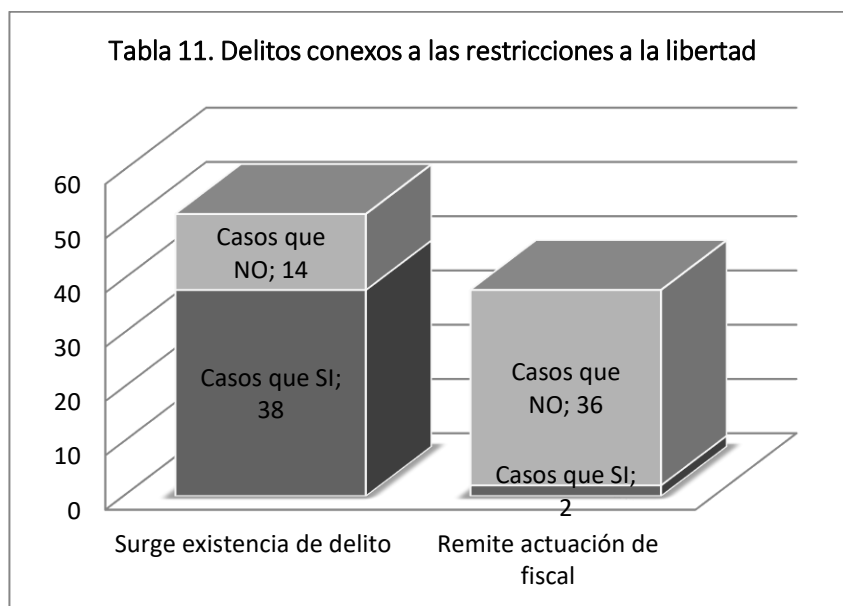


Estos datos pueden ser tomados como un indicio del carácter condicionado de la influencia popular canalizada a través del *habeas corpus*, algo que también se evidencia en el análisis de los puntos anteriores. Pero, además, y creo que acá radica la importancia de poner la mirada sobre el índice de rechazo, son un indicio de la ineficacia del mecanismo para canalizar la influencia popular. Dado el alto índice de rechazo, la probabilidad de que el punto de vista impreso por la influencia ciudadana tenga un impacto en la dirección de la

⁹⁹ Algunas presentaciones fueron rechazadas sobre la base de que el juez no era competente territorialmente, dado el domicilio del afectado.

discrecionalidad policial es nula. Como hemos visto, la baja probabilidad de influir sobre la dirección que en definitiva adoptará el poder controlado compromete, en el plano objetivo, el requisito de eficacia del control popular y, en el plano subjetivo, impide que los afectados puedan ver la interferencia -policial o judicial- a sus opciones como producto de la mala suerte o de algo de lo que solo ellos se pueden culpar.

La ineficacia de la influencia popular canalizada a través del *habeas corpus* queda expuesta en otro dato: el informe da cuenta de que, a pesar de la enunciación de delitos cometidos por la policía en ejercicio de la discrecionalidad delegada por el Código de Faltas, los jueces no remitieron las actuaciones a los fiscales para que los delitos sean investigados (Tabla 11).



En conclusión, los datos muestran que, en la mayoría de los casos, las acciones de *habeas corpus* fueron rechazadas sin escuchar a la persona afectada y sin generar un mínimo de actividad judicial. Cuando se presentaron acciones de *habeas corpus* durante el arresto de una persona afectada, la única justificación judicial para el rechazo fue la decisión de la policía. Según los jueces, las acciones de *habeas corpus* fueron rechazadas en estos casos

porque los arrestos fueron de acuerdo con la decisión del oficial. Cuando el *habeas corpus* fue presentado no porque la persona afectada fue arrestada sino porque ha sufrido persecución policial sistemática, la única justificación judicial del rechazo fue la falta de orden de arresto. Estas justificaciones no solo son insuficientes, sino que están equivocadas por dos razones: primero, la decisión de un oficial de policía no implica la legalidad del arresto; segundo, las órdenes de arresto no son necesarias para que la libertad de tránsito esté comprometida.

El problema con estos datos no es el alto índice de rechazos. El problema es que, al comparar el índice de rechazos con los datos que dan cuenta de una falta de cumplimiento de la carga argumentativa, la falta de influencia activa sobre la discrecionalidad policial se convierte en un indicador de la falta de acceso y eficacia de la influencia activa. De este modo, quienes son víctimas de abuso policial reciben una respuesta negativa poco justificada y argumentada luego de un proceso en el que no son escuchados. Estas características del mecanismo de control lo convierten en un recurso ilusorio¹⁰⁰.

A pesar del rol artificial de un mecanismo de control con estas características, los efectos que produce son tangibles y contribuyen a la dominación policial. Así, la forma en que opera el *habeas corpus* contribuye a confirmar la creencia de los afectados de que la interferencia que sufren es consecuencia de la sujeción a una voluntad dominadora. Además,

¹⁰⁰ Utilizo aquí el término “ilusorio” en el sentido que lo emplea la CIDH para referirse a los recursos judiciales que no garantizan el acceso efectivo a la tutela judicial. En este sentido, la Corte estableció que “no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”. Cfr. Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrafo 137; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrafo 24, entre otros.

dado el carácter público de la práctica judicial, el mecanismo de control contribuye a que la dominación de los afectados por la policía se consolide en el conocimiento común y gane la autoridad que conlleva el aval judicial. Las escasas probabilidades que tienen los ciudadanos de influir sobre la dirección que adopta la discrecionalidad policial se ven perjudicadas a través de un acto estatal que desacredita la queja ciudadana y consolida el poder incontrolado de la policía. De ello da cuenta el hecho de que la práctica judicial parece indicar que los afectados por la discrecionalidad tienen poca probabilidad de no resultar afectados y poca probabilidad de influir para cambiar el curso de la discrecionalidad policial que los perjudica. En este trabajo me focalizo en los casos “where there is ex ante reason, associated with their independently fixed identity, to think that certain individuals will be in the minority on given issues: their identity pre-commits them, as we might say, on those issues” (Pettit, 2012, p.213)¹⁰¹. El modo en que opera el *habeas corpus* muestra que las personas afectadas por la discrecionalidad policial, es decir, el grupo de jóvenes hombres con necesidades básicas insatisfechas, están condenadas a estar del lado perdedor. La práctica judicial no solo no revierte esta situación, sino que contribuye a perpetuarla.

Pero es preciso señalar que los datos muestran que el diseño institucional y la práctica judicial negligente en torno al *habeas corpus* no solo no canalizan la influencia popular sobre la discrecionalidad policial, sino que introducen dominación adicional. La dominación introducida por el mecanismo de control afecta la opción de los ciudadanos de influir activamente (IA), comprometiendo además las influencias de reserva y virtual que dependen de que la opción (IA) no resulte dominada. La dominación judicial aparece como consecuencia del diseño institucional del *habeas corpus* que, aunque puede justificarse a la

¹⁰¹ En que existe una razón ex ante, asociada a su identidad fija independiente, para pensar que ciertos individuos serán minoría en determinados asuntos: su identidad los precondiciona, como podríamos decir, en esos asuntos. (Traducción propia).

luz del ideal de legitimidad republicana, produce un mundo peor que aquel que se quería optimizar. En el próximo apartado me ocuparé de argumentar a favor de la premisa que sostiene que los mecanismos de control judicial pueden introducir dominación adicional a la dominación originaria del poder controlado.

4. Mecanismos de control judicial y dominación

Cuando pensamos en cuál es el mejor modo de someter a control popular el poder que detentan el Estado, las diferentes agencias de gobierno y los funcionarios que administran ámbitos de discrecionalidad, debemos evitar que la respuesta introduzca más de aquello que queremos evitar, en este caso dominación estatal o pública. Así, cualquier recurso institucional que les proporcionemos a los ciudadanos para controlar el poder será adecuado solo si podemos proporcionarlo de una manera que no introduzca dominación de nuevos agentes o agencias. Los datos analizados en el apartado anterior sobre el *habeas corpus* dan cuenta de que se trata de un recurso ineficaz para someter a control popular la discrecionalidad policial. Además, y este es el punto que me interesa desarrollar aquí, se trata de un recurso institucional que introduce dominación estatal de parte de una agencia, en este caso, de los jueces, y de agentes privados, como es el caso de los abogados. Me centraré en el primer caso, es decir, la dominación estatal que introduce el *habeas corpus* como mecanismo de control popular de la discrecionalidad policial.

Para entender cómo el *habeas corpus* introduce dominación estatal será necesario identificar las opciones de los ciudadanos sujetas al poder de interferencia incontrolado de los jueces. Recordemos que la dominación supone un cambio inducido por el agente o agencia dominadora del perfil objetivo o cognitivo de las opciones del agente dominado (Pettit, 2012, pp. 37-44). El *habeas corpus* es implementado como un recurso institucional

cuyo objetivo es que los ciudadanos controlen el poder de interferencia que detenta la policía sobre el par de opciones transitar (T) o no transitar (NT). Como vimos, cuando el poder de interferencia policial originado en un ámbito de discrecionalidad policial no se encuentra sometido a control popular, la policía domina a los ciudadanos en las opciones T o NT con independencia de si interfiere o no interfiere en tales opciones. La dominación policial sobre tales opciones tiene lugar a través de la alteración objetiva y cognitiva de las opciones. Así, el perfil de las opciones pasa a ser T-si la policía quiere o NT. En contra de esta dominación se introduce un mecanismo de control popular como el *habeas corpus*.

Con la introducción de un mecanismo de control como el *habeas corpus* se crean dos nuevas opciones para los ciudadanos. Tales opciones son: influir activamente (IA) o no influir activamente (NIA) sobre la dirección que adopta la discrecionalidad policial. Vale la pena precisar que garantizar el acceso no dominado a la opción IA, aunque no resulte la opción elegida y en su lugar la opción NIA sea elegida, es un modo de asegurar que los ciudadanos practiquen influencia virtual o de reserva. Esto se debe a que la disposición a influir activamente que supone la influencia virtual o de reserva solo es eficaz allí donde la opción de IA es una opción disponible y cuya disponibilidad no depende del poder controlado.

La creación de estas dos nuevas opciones, junto con la adaptación institucional y la inversión de recursos que demanda, cumplen una función instrumental en relación con el aumento de la intensidad de la protección contra la dominación de las opciones T y NT. Este supuesto difiere de aquel en el cual el Estado, para hacer más libres a sus ciudadanos, adopta una estrategia consistente en ampliar el alcance o número de opciones disponibles. Esta es una estrategia diferente, y menos valiosa, al aumento de la intensidad de la protección en contra de la dominación en las opciones que los ciudadanos ya tienen. Aquí, el aumento del

alcance de las opciones cumple un rol instrumental, consistente en eliminar el poder incontrolado o dominador que detentan los funcionarios en un ámbito de discrecionalidad. Aunque se amplía el alcance de las opciones disponibles para los ciudadanos agregando un nuevo conjunto de opciones (IA-NIA), se lo hace con el objetivo de aumentar la intensidad de la protección de las opciones T o NT contra la dominación policial.

Sin embargo, la eficacia de influencia popular canalizada a través del *habeas corpus* depende de la voluntad de nuevos agentes, a saber, los jueces¹⁰². En este esquema, los jueces tienen el poder de cambiar el perfil objetivo y cognitivo de ambos pares de opciones. Para que esto ocurra no es necesario que los jueces tengan la intención de detentar tal poder. Sin embargo, como muestran los datos analizados en el apartado anterior, la práctica judicial da cuenta de que los jueces utilizan tal poder para interferir indirectamente en las opciones T-NT y directamente en las opciones IA-NIA. Tal interferencia es negligente, es decir, es el tipo de práctica que socava el control de los ciudadanos sobre ambos pares de opciones (Pettit, 2012, p.39).

De manera indirecta, los jueces compiten o participan con la policía en el control de las opciones T o NT. Mientras el poder discrecional de la policía no se encuentra sometido a control popular, esta tiene la opción de interferir (I) o no interferir (NI) en la opción consistente en transitar (T). El *habeas corpus* tiene por objetivo limitar ese poder, sustituyendo ambas opciones por las siguientes: I -en los términos del pueblo o NI. Si la

¹⁰² Un problema que dejé de lado es el de la dominación privada introducida por el mecanismo de control. Un supuesto de dominación privada en este ámbito es la dominación que algunos abogados ejercen cuando cambian el perfil cognitivo de las opciones IA-NIA. Esto ocurre cuando aquellos provocan un error o manipulan a los ciudadanos haciéndoles creer que la influencia activa a través del *habeas corpus* solo es accesible o eficaz con la representación legal de un abogado. Otro caso de dominación privada en este ámbito se vincula con la actuación de determinados agentes que operan en representación de colectivos de afectados, condicionando el acceso de estos a la influencia.

barrera judicial al poder incontrolado de la policía no es seria, permitirá que la policía siga invadiendo el control de los ciudadanos sobre las opciones T-NT, pero además les dará a los jueces una participación en tal poder dominador (Pettit, 2012, p.71).

De manera directa los jueces pueden alterar el perfil objetivo y cognitivo de las opciones IA y NIA. Lo hacen a través de prácticas que condicionan el acceso y la eficacia del ejercicio de la opción IA. El conjunto de opciones queda reconfigurado del siguiente modo: IA -si el juez quiere o NIA. El cambio de perfil de la opción de influir activamente (IA) sobre la discrecionalidad policial tiene efectos también, de acuerdo con lo que afirmé más arriba, sobre la influencia virtual y la de reserva.

Para el argumento que intento defender aquí, la dominación indirecta de los jueces sobre las opciones T-NT no es relevante. Esto es así ya que en este caso los jueces participan del ejercicio de un poder dominador que existía previamente a la creación del mecanismo de control, lo que significa que este tipo de dominación no agrega dominación, aunque sí agrega nuevos agentes dominadores, que compiten con la policía por el control del poder sobre el par de opciones T-NT. La dominación que interesa a este argumento es la dominación directa que los jueces ejercen sobre el par de opciones IA-NIA, que han sido creadas con el propósito de intensificar la protección contra la dominación en las opciones T-NT. Este es un tipo de dominación que, al igual que en el primer caso, se origina en el mecanismo de control, pero cuenta como dominación adicional a diferencia de aquella. Trataré de defender aquí que un mecanismo de control que condiciona el acceso eficaz a la opción IA introduce dominación. Esta dominación adicional se suma a la dominación policial- judicial sobre las opciones T-NT. En este caso, la dominación es ejercida por los jueces sobre un par de opciones diferentes (IA-NIA); paradójicamente, se trata de opciones creadas instrumentalmente con el objetivo de limitar la dominación. Lo que intento decir aquí es que la creación de un mecanismo de

control sobre el poder de interferencia estatal, con la correspondiente creación de nuevas opciones (IA-NIA), puede introducir dominación estatal. Esta situación no es inevitable o necesaria, como veremos en el próximo capítulo. De modo que acá no se intenta cuestionar las bondades de que el control del poder discrecional de la policía tenga lugar por intermedio de jueces, quienes evalúan la aceptabilidad de la influencia y siguen determinadas reglas, lo que lo diferencia de otros mecanismos de control popular directos, como el plebiscito o la protesta social. A continuación, daré tres argumentos a favor de que los mecanismos de control pueden introducir dominación adicional, de modo que puede ser el caso de que sean peor que nada. La dominación adicional puede llevar a un sistema penal que ya es ilegítimo a la línea de ilegitimidad absoluta, que coincide con la extinción del deber de obedecer la ley o intentar cambiarla solo a través de los mecanismos institucionales previstos.

El primer argumento a favor de la dominación adicional ya fue mencionado. De acuerdo con este argumento, el poder dominador de los jueces es nuevo porque se ejerce sobre un par de opciones nuevas, a saber: IA-NIA. El segundo argumento hace referencia al tipo de reacción que provoca la dominación judicial sobre tales opciones. Como vimos, la dominación de las opciones es el tipo de situación que va asociada con reacciones como el resentimiento y la indignación, antes que con la sensación de frustración asociada a la imposibilidad de ejercer una opción como consecuencia de la falta de un recurso natural, personal o social que no depende de la voluntad ajena (Pettit, 2012, p.43). La dominación que la policía ejerce sobre las opciones T-NT da lugar a un nivel de resentimiento determinado. La dominación judicial introducida por el mecanismo de control sobre este par de opciones no da lugar a una reacción de indignación o resentimiento distintiva que pueda agregarse a la reacción original; sin embargo, la dominación judicial sobre las opciones IA-NIA da lugar a un tipo de reacción diferenciada que, aunque también consiste en

resentimiento e indignación y se dirige contra los jueces, tiene otro origen. El origen de tal actitud reactiva se vincula a la invasión de aquellas opciones que son un medio para protegernos de la dominación del Estado. Esta reacción diferenciada de indignación o resentimiento se suma a la originaria y da cuenta de que el mecanismo de control introduce dominación adicional. El tercer argumento es un argumento que apela a una analogía entre la dominación judicial adicional, originada en el mecanismo de control, y la dominación adicional, originada en la impunidad de un delito por negligencia o inacción estatal. Hay un aspecto en que ambos casos no son análogos: mientras en el caso que nos ocupa, a la dominación estatal originada en el ámbito de discrecionalidad policial se suma la dominación estatal originada en el mecanismo de control judicial, en el caso del delito a la dominación privada originada en este, se le suma la dominación estatal que conlleva la impunidad negligente. Cuando el Estado socava, a través de un diseño institucional concreto o una práctica, la posibilidad de que los delitos sean castigados, a la dominación del delito se suma la dominación estatal. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el Estado no garantiza la accesibilidad a la denuncia o a la querrela, o hace depender estas opciones de la voluntad de diversos agentes estatales (la policía, sumariantes, jueces, etc.). Se puede decir que la persecución y castigo del delito funcionan como un mecanismo de control popular sobre la interferencia dominadora que cuenta como delito. Cuando el acceso y la eficacia del control popular del delito dependen de la voluntad de determinados funcionarios y, por ejemplo, los delitos quedan impunes o simplemente fuera del alcance de la influencia popular, a la dominación del delito se le suma la dominación que se asocia a la impunidad; del mismo modo que a la dominación adicional asociada a la impunidad del delito se puede identificar, con relativa facilidad, la dominación adicional asociada al control judicial.

Creo que estos tres argumentos muestran que los mecanismos de control pueden introducir dominación estatal adicional y hacer al sistema penal más ilegítimo de lo que sería en ausencia de un mecanismo de control. Si consideramos esto a la luz del argumento de la asimetría entre la legitimidad y la ilegitimidad defendido en el capítulo anterior, podemos decir que la implementación de mecanismos de control conlleva siempre el riesgo de dominación adicional, que puede agregarse hasta alcanzar la línea de ilegitimidad absoluta, e ir más allá. Esto es un problema si nos interesa que la obligación de obedecer el derecho siga en pie. Esta conclusión nos llevaría a la consecuencia contra intuitiva de que un sistema criminal sin mecanismos de control podría ser mejor que un sistema criminal con mecanismos de control deficientes. Para evitar este problema será necesario introducir un principio intermedio que establezca requerimientos en cuanto a la forma que deben adoptar los mecanismos de control, y obligaciones sobre el modo en que deben actuar los funcionarios que los operan, para que actúen como nuestros empleados antes que como nuestros amos. Con este objetivo en mente, en el próximo capítulo propongo la adopción de un nuevo principio intermedio como parte de la teoría republicana de la justicia penal. Voy a llamar a este principio la *profusión del principio de control*. Este principio establece obligaciones específicas para el diseño institucional y el funcionamiento de los mecanismos de control.

CAPÍTULO VII
EL PRINCIPIO DE PROFUSIÓN DEL CONTROL

1. Las particularidades del ideal regulativo republicano

La finalidad de este capítulo es justificar la necesidad del principio de profusión de control sobre la base de que evita que los mecanismos de control popular, en este caso de corte judicial, se conviertan en fuente de dominación adicional. Es frecuente que las propuestas teóricas o las tradiciones políticas ofrezcan ideales regulativos. Como afirmé en los capítulos anteriores, los ideales regulativos establecen un estado de cosas deseable, al que debemos tender en la medida de lo posible (Martí, 2014, p.3). Tales ideales pueden ser más o menos alcanzables, pero con independencia de qué tan alcanzables resulten, cumplen la función de trazar un horizonte normativo. La tradición republicana no ha permanecido ajena a este tipo de propuestas. Así, por ejemplo, en *La república de Oceana* (2014), James Harrington propone una utopía republicana basada en la idea de ciudadano libre y de constitución mixta. Del mismo modo, autores neo-republicanos como Pettit, proponen ideales regulativos que, aunque no podrían clasificarse como utopías, son de cumplimiento gradual.

En el Capítulo III presenté el ideal regulativo republicano que John Braithwaite y Philip Pettit propusieron para el ámbito de la justicia penal. Dado el carácter evolutivo del trabajo de Pettit, la fisonomía de este ideal ha ido modificándose, paralelamente a su enfoque de la libertad como no-dominación. Desde que Pettit no se ha encargado de analizar las implicancias de su trabajo actual para la teoría de los sistemas penales, en el Capítulo III me ocupé de presentar una estructura actualizada de la teoría. En el nuevo esquema, estructurado

sobre la base de la definición más reciente de libertad como no-dominación de Pettit, el control del poder pasa a ser parte del ideal regulativo, y deja atrás su lugar como principio intermedio que establece deberes concretos. De este modo, el control popular del poder que detentan las instituciones penales pasa a ser un estado de cosas deseable antes que una acción requerida. Dado que los ideales regulativos cumplen la función de definir un estado de cosas que es considerado valioso antes que establecer deberes concretos (Moore, 1922), el nuevo esquema de la teoría republicana de la justicia penal permanece incompleto, por lo que la nueva versión de la teoría deja sin determinar qué tipos de acciones son requeridas para alcanzar el ideal.

El problema de la incompletitud de la teoría radica en que la adopción de un ideal regulativo, carente de principios intermedios que establezcan reglas de deber, es compatible con el desarrollo de diferentes prácticas que se inspiran en él. Pero no todas las prácticas institucionales inspiradas en un ideal nos acercan a él. Incluso, puede llegar a ocurrir que algunas reformas institucionales inspiradas en un ideal nos lleven a un estado de cosas peor que el actual, en términos del mismo ideal. Un ejemplo de este problema se presenta en el caso de las reformas institucionales en EE. UU. Estas reformas, inspiradas en el ideal regulativo propuesto por los neorretribucionistas, condujeron a un mundo peor que aquel que pretendían cambiar. Con el objetivo de eliminar el tratamiento desigual que recibían algunos grupos minoritarios en la determinación de la pena, redujeron la discrecionalidad de los jueces en este aspecto. Sin embargo, esa reducción de la discrecionalidad judicial conllevó a una ampliación de la discrecionalidad de los fiscales encargados de negociar la pena. Como consecuencia, la discriminación se trasladó a un ámbito más informal, como es la negociación con la fiscalía, y pasó a estar en manos de funcionarios cuyo esquema de responsabilidad es menor y cuya posición es política. En consecuencia, las cosas resultaron

peores para los grupos discriminados desde la adopción del ideal. Braithwaite y Pettit (1990) utilizan este ejemplo para referirse a otro asunto, pero creo que puede contribuir a la idea aquí presentada.

Este es el tipo de problema que se presenta en el caso de la dominación originada en los mecanismos de control. Así, la existencia de un mecanismo de control como el *habeas corpus*, claramente puede ser justificada a la luz del ideal. De hecho, tal como mencioné en el capítulo anterior, se trata de una institución antitiránica. Sin embargo, en la práctica, el *habeas corpus* puede convertirse en una fuente de dominación que valida el poder incontrolado que administra la policía, y en un medio para facilitar el conocimiento común de la sujeción de los ciudadanos a tal poder. Un modo de reducir la probabilidad de que esto ocurra es a través de la adopción de principios intermedios, que clasifican como obligatorias aquellas acciones que con mayor probabilidad nos acercarán al ideal y como prohibidas las que nos alejarán de él. En el caso de la teoría republicana de la justicia penal, los principios intermedios establecen obligaciones morales para el ámbito de las acciones vinculadas al diseño de la política criminal y su aplicación. Antes de avanzar sobre qué principios intermedios debería adoptar la teoría republicana para los sistemas penales, con el objeto de facilitar el acercamiento al ideal y evitar reformas institucionales inspiradas en el ideal que sean contraproducentes, es necesario indagar un poco más sobre la fisonomía particular del ideal regulativo republicano. La importancia de esta tarea radica en que el ideal republicano plantea desafíos particulares, dada la naturaleza del valor de la libertad como no-dominación.

Desde que los ideales regulativos determinan como objetivo un estado de cosas que es diferente al actual, estos nos permiten establecer una gradación de *mundos futuros*¹⁰³. A

¹⁰³ A diferencia de la terminología utilizada por Martí y otros autores, reservaré el término *mundos posibles* para aquellos mundos que surgen de los contrafácticos del mundo real actual, de cada mundo futuro y del ideal. Los mundos posibles describen mundos donde determinadas características contingentes cambian.

qué mundo futuro debemos aspirar en un momento determinado depende de la situación del mundo actual y de la accesibilidad del mundo futuro pretendido desde ese lugar. Es por eso que la información empírica cobra relevancia para la determinación del *mundo actual* o *punto de no ventaja* (Nozick, 1989, pp.222-224), desde el que se define cuál de todos los mundos futuros más cercanos al ideal es accesible en un momento determinado.



Tabla 1

De acuerdo con un entendimiento estándar de la noción de ideal regulativo, estos nos permiten diseñar esquemas como el de la Tabla 1. Del lado izquierdo del esquema se ubica el *mundo actual* y, a continuación, los *mundos futuros*, que se acercan al ideal de modo progresivo. El mundo actual es definido como la situación de hecho o estado actual de cosas. Si el estado de cosas definido por el ideal regulativo es la mayor felicidad, el estado actual puede definirse como la cantidad de felicidad actual. Finalmente, en el extremo derecho se ubica el ideal regulativo. La cercanía al ideal regulativo es representada con una mayor saturación del color. En el mundo futuro 1 la situación es mejor que en el mundo real, dado que se acerca más al ideal, y así sucesivamente. Sin embargo, el republicanismo plantea dos desafíos para esta diagramación. El primero es más relevante que el segundo, dado que el segundo es un problema que comparten todos los ideales regulativos que incorporan una dimensión distributiva. El primer desafío se presenta como una consecuencia de la naturaleza del valor que se adopta como base del ideal regulativo. Este se refiere al carácter robusto de la libertad como no-dominación, como bien que las instituciones públicas, entre ellas los sistemas penales, deben promover. El segundo desafío se vincula al hecho de que, en el

mundo actual, la influencia popular sobre las instituciones públicas se distribuye de manera desigual, y a que el ideal requiere el acceso igualitario a la influencia.

1.1. La robustez del ideal

En los siguientes párrafos argumentaré a favor de dos consecuencias de la propuesta de Pettit para el modo de entender los ideales regulativos. La importancia de identificar estas particularidades radica en que influyen en la elección de los principios intermedios. Ello es así porque los principios intermedios tienen que dar cuenta de su capacidad para conducirnos progresivamente al ideal, evitando retrocesos injustificados¹⁰⁴. En consecuencia, entender las particularidades del ideal republicano de legitimidad será un paso previo, necesario para identificar los principios intermedios adecuados y dar respuesta al problema que nos ocupa, a saber, la dominación originada en los mecanismos de control.

Una primera particularidad de este ideal se vincula a la naturaleza del valor de la libertad como no-dominación, en tanto que la libertad como no-dominación es un tipo de bien robusto. Como señala Pettit, la robustez “requires that this [good] should not depend on [...] certain *contingent* features [...] it should be fit to survive over *possibilities*, however improbable, in which they [i.e. the features] vary” (Pettit, 2015, p.12)¹⁰⁵. Por lo que, un ideal regulativo -que define como deseable un estado de cosas- en el que está garantizada determinada cantidad de libertad como no-dominación en nuestras relaciones con el Estado exige que nuestras opciones estén protegidas frente a la dominación en un rango de *mundos*

¹⁰⁴ Me refiero aquí a retrocesos injustificados, dado que podría contemplarse la posibilidad de que el paso a un mundo futuro peor que el actual sea un medio para alcanzar, en una segunda etapa, un mundo futuro mejor que el actual.

¹⁰⁵ La robustez “requiere que este [bien] no dependa de [...] ciertas características contingentes [...], debe ser apto para sobrevivir a las posibilidades, por improbables que sean, en las que [las características] varían”. (Traducción propia).

posibles. Los mundos posibles son aquellos mundos contrafácticos, con diferentes características contingentes. Volviendo al ejemplo de las puertas: considere que en el mundo real usted tiene determinada puerta abierta, pero que si usted no tuviera el favor de quien tiene el poder de cerrarla, la puerta estaría cerrada. En consecuencia, aunque en el mundo real usted tiene la opción de atravesar la puerta, no tiene esta opción en el mundo posible, en el que la predisposición del portero a mantenerla abierta cambia. Por lo que, aunque de hecho usted puede disponer de la opción de atravesar la puerta, no es libre en el sentido robusto que la libertad como no-dominación requiere. Como vimos, para que una opción no resulte comprometida por el poder de interferencia que administran los sistemas penales, se requiere que ese poder se encuentre bajo el control de los ciudadanos. En consecuencia, de acuerdo con el carácter robusto del valor de la libertad como no-dominación, para que usted sea libre en el ámbito de una opción, se requiere que el poder de interferencia del sistema penal se encuentre sometido a control popular en un rango de mundos posibles. En este sentido: “you have to enjoy non-interference in a way that is invariant across relevant alterations both in your own will and in the will of others as to what you should do” (Pettit, 2012, p.67)¹⁰⁶. Así, el control popular sobre el poder discrecional que administra la policía, consistente en la capacidad no invadida de interferir en su opción de transitar por el espacio público, debe estar garantizado de manera robusta, en un mundo donde no existe ninguna connivencia entre los jueces y la policía (o poder ejecutivo), como en un mundo donde sí existe.

La robustez del bien de la libertad como no-dominación determina la robustez del ideal republicano, por lo que la valoración de la posición del mundo actual en relación con el ideal y los mundos futuros será diferente al diagrama antes presentado (Tabla 1). Esto

¹⁰⁶ Debe disfrutar de la no interferencia de una manera invariante, a través de alteraciones relevantes, tanto en su propia voluntad como en la voluntad de los demás en cuanto a lo que debe hacer. (Traducción propia).

supone que, en primer lugar, el mundo actual deberá ser evaluado no solo en término de las opciones que de hecho tienen garantizadas los ciudadanos (puertas abiertas) -llamaré a esta situación *mundo real*-, sino que también deberán considerarse los *mundos posibles* alternativos a este. La tabla 2 grafica el modo en que debe ser definido el mundo actual en relación con el ideal. Supongamos que cada uno representa la situación de la opción de transitar en dos comunidades diferentes.

	Mundo actual 1	Mundo actual 2
Connivencia del juez con la policía o PE		
Mundo real		
Desavenencia del juez con la policía o PE		

Tabla 2

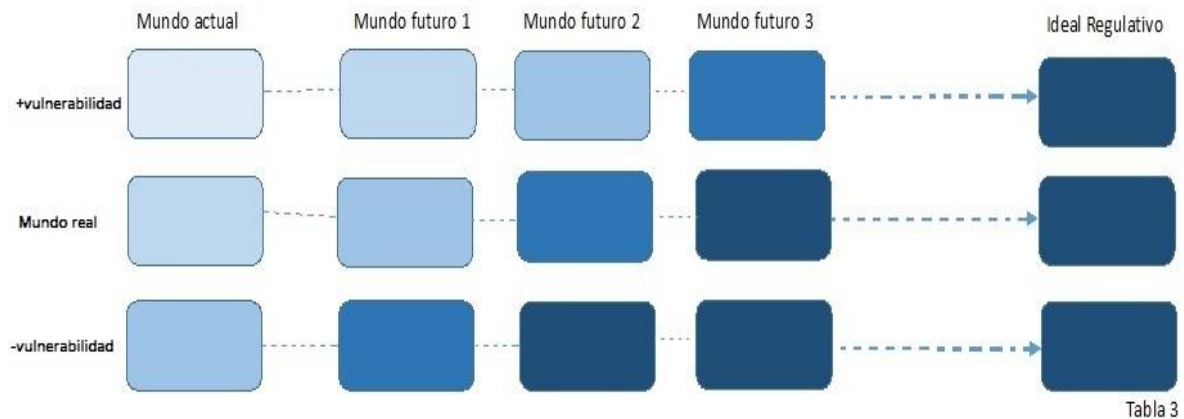
En la tabla se representan dos *mundos actuales*. Supongamos que cada una representa la situación del control popular de la discrecionalidad policial en comunidades diferentes. En la fila del medio se representa el grado de control que de hecho tienen los ciudadanos, o *mundo real*. En las filas superior e inferior se representa la influencia que tendrían los ciudadanos en otros *mundos posibles*, alternativos al mundo real. Por ejemplo, en un mundo donde existe una connivencia entre los jueces y la policía o el poder ejecutivo (fila superior) y en un mundo donde existe una desavenencia entre los jueces y aquellos (fila inferior). Incorporada la variable de los mundos posibles y el carácter robusto del ideal republicano puede decirse que, aunque en ambas comunidades la influencia que de hecho tienen los ciudadanos sobre la discrecionalidad policial a través del control judicial es igual, la segunda comunidad (mundo actual 2) está en una mejor posición que la primera comunidad (mundo

actual 1) en relación con el ideal. Esto es así porque en la segunda comunidad el control popular está garantizado en los mundos posibles alternativos, donde existe connivencia entre los jueces y la policía, y la desavenencia entre ambos no es una condición empírica necesaria para que el control popular mejore. Por el contrario, en la primera comunidad el control está condicionado por el tipo de relación existente entre los jueces encargados del control y la policía o poder ejecutivo controlado¹⁰⁷. De lo que se sigue que el punto de partida -mundo actual- de la primera comunidad es peor que el de la segunda comunidad. En consecuencia, la robustez es una característica de la libertad como no-dominación que complejiza el modo de entender los ideales, aunque no demasiado. Esta es una idea bastante intuitiva, si pensamos en lo que significa ser libre, y aceptamos que nuestra libertad no puede depender de circunstancias contingentes como la amistad o enemistad entre funcionarios o reparticiones del Estado.

En segundo lugar, la robustez del bien de la libertad como no-dominación influye en la fisonomía de los mundos futuros tanto como en el ideal regulativo mismo. Junto a la situación de hecho (mundo real), representada en cada mundo futuro y en el ideal, deben considerarse los mundos posibles alternativos. El ideal regulativo será definido como aquel estado de cosas en que el control popular alcanza el umbral requerido por el test de la mala suerte en un conjunto de mundos posibles. Además, para la gradación de los mundos futuros, también se considerará el conjunto de mundos posibles que lo componen. Así, por ejemplo, una reforma institucional da lugar a un mundo futuro que está formado por el escenario fáctico que favorece la reforma (mundo futuro real) como por los mundos futuros posibles. Estos representan situaciones contrafácticas al mundo real futuro, en las cuales cambia

¹⁰⁷ En este ejemplo me focalicé en una circunstancia, la relación entre los jueces y la policía, pero podrían pensarse otros mundos posibles en los que las circunstancias que varían son otras, como el grado de necesidades básicas satisfechas de los ciudadanos que impulsan el control, la pertenencia algún grupo estigmatizado, etc.

alguna circunstancia, como el grado de connivencia de los jueces con la policía o la vulnerabilidad de los afectados que recurren al mecanismo de control (Tabla 3).



Dadas estas particularidades asociadas al carácter robusto del bien de la libertad como no-dominación, las respuestas sobre qué acciones y qué reformas institucionales son requeridas para alcanzar el ideal, o un mundo futuro más cercano al ideal, cambian en relación con el esquema no robusto. Tomemos el siguiente ejemplo (Tabla 4): se debate la elección entre dos reformas institucionales; si se opta por la primera propuesta (mundo futuro 1), la situación de hecho -mundo real- mejorará en términos de influencia popular sobre los sistemas penales. Sin embargo, en este mundo futuro la libertad es menos robusta que en el mundo actual. En este mundo futuro, si algunas circunstancias cambian, la influencia popular aumenta de manera radical o se reduce por completo. Por el contrario, la elección de la segunda propuesta de reforma institucional (mundo futuro 1') conduce a una situación de hecho, donde la influencia popular es igual a la que de hecho hoy tienen los ciudadanos sobre los sistemas penales. Adicionalmente, en el mundo real de este mundo futuro el nivel de influencia popular es menor que en el mundo futuro alternativo (mundo 1). Sin embargo, la elección de esta segunda propuesta nos garantiza un nivel de influencia popular que esté

garantizada del mismo modo en los mundos posibles alternativos. Adoptar la reforma institucional que nos lleva al mundo futuro 1' es requerido por el ideal desde que en este mundo la influencia popular es más robusta que en el mundo actual y que en el mundo futuro 1.

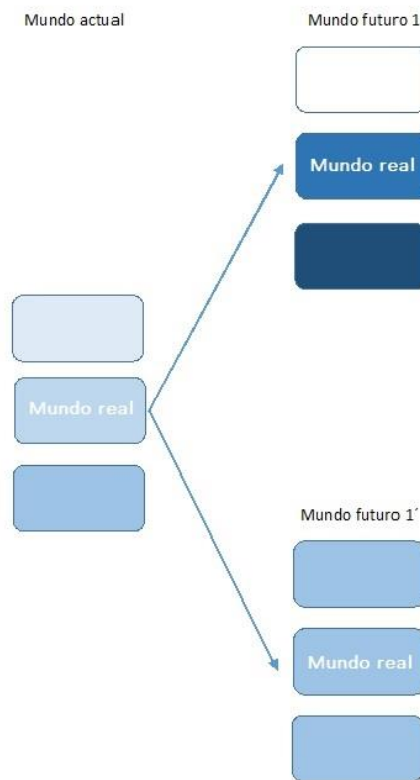


Tabla 4

Un ejemplo sobre el tipo de valoración que exige el carácter robusto del ideal republicano, como guía para las decisiones públicas o reformas institucionales, ayudará a comprender el punto. Suponga que se debate entre dos políticas destinadas a garantizar el control judicial de la discrecionalidad policial. Una medida consiste en exigir que los aspirantes a jueces den cuenta de su desavenencia con el poder ejecutivo, órbita de la que depende la policía. La elección de esta alternativa daría lugar al mundo futuro 1. El mundo

real de este mundo futuro (es decir, la situación de hecho que tendrá lugar si se adopta esta medida) garantiza un nivel elevado de influencia popular sobre la discrecionalidad policial. Dada la desavenencia de los jueces con el poder ejecutivo, estos se encuentran más abiertos a escuchar a los afectados, interpretan los requisitos formales de interposición del *habeas corpus* de manera amplia, y tienen una predisposición a investigar rigurosamente los procedimientos policiales, así como a emitir resoluciones que establezcan criterios precisos, con influencia en los futuros procesos de toma de decisión de los agentes policiales. Sin embargo, en el mundo futuro 1 el nivel de influencia popular no se garantiza del mismo modo que en los mundos posibles alternativos. Si cambia el signo político del poder ejecutivo a uno en relación con el cual el juez tiene simpatía, la desavenencia desaparece y, por lo tanto, se reduce la predisposición del juez a controlar. Del mismo modo, si el poder ejecutivo está a cargo de un partido político con el cual el juez tiene mayor desavenencia, es probable que el juez tenga una predisposición a favorecer los puntos de vista de aquellos ciudadanos que se oponen al gobierno. Este mundo posible también es malo a la luz del ideal, dado que el control republicano requiere la igual probabilidad de que los puntos de vista de los ciudadanos se vean reflejados en la decisión. La segunda medida, que nos llevaría al mundo futuro 1', consiste en la regulación del procedimiento de *habeas corpus*. Con esta regulación se garantiza determinado nivel de influencia popular y se limita la influencia del juez sobre el resultado, en tanto que no puede utilizar la falta de regulación del procedimiento para condicionar aquella. Si se favorece esta medida, el grado de connivencia o desavenencia de los jueces con el poder ejecutivo puede cambiar, mientras que el nivel de control estará garantizado en esos mundos posibles alternativos. Aunque la regulación del procedimiento de *habeas corpus* nos lleva al mundo futuro real 1', en el que el nivel de influencia es menor que aquel que tienen los ciudadanos en el mundo futuro 1, donde los jueces tienen una

disposición a controlar al poder ejecutivo y la policía, el mundo futuro 1' es mejor, porque garantiza un mayor nivel de influencia en un rango de mundos posibles, donde las circunstancias relativas a las relaciones del poder judicial con el poder ejecutivo cambian. En consecuencia, el carácter robusto del ideal republicano cambia el modo de evaluar las reformas institucionales que tienen por objeto alcanzar el ideal. Si el ideal adoptado no incorporara esta dimensión, la evaluación se hubiera limitado a estimar los mundos reales futuros y, como consecuencia, la primera medida que conduce al mundo futuro 1 hubiera resultado favorecida.

Una cuestión que genera debate, tanto en el caso de los ideales no robustos como en el de los robustos, es si resulta correcto adoptar aquellas reformas institucionales que nos llevan a un mundo futuro 1 que es peor al actual o al mundo futuro 1', bajo la garantía de que hacerlo nos llevará a un mundo futuro 3 más cercano al ideal. Mientras que la elección de aquella medida que nos lleva a un mundo mejor (mundo futuro 1) en relación con el mundo actual y al mundo futuro alternativo (mundo futuro 1'), nos garantiza a largo plazo un mundo futuro 2, que está más lejos del ideal que el mundo futuro 3 (Tabla 5). El carácter robusto del ideal no nos evita esta pregunta. Sin embargo, habrá casos que, a la luz del esquema no robusto, aparecerán como casos de sacrificios, mientras que desde la óptica aquí adoptada no lo serán. En consecuencia, nos permite identificar de *mejor* manera qué decisiones plantean un problema de sacrificio para la consecución del ideal.

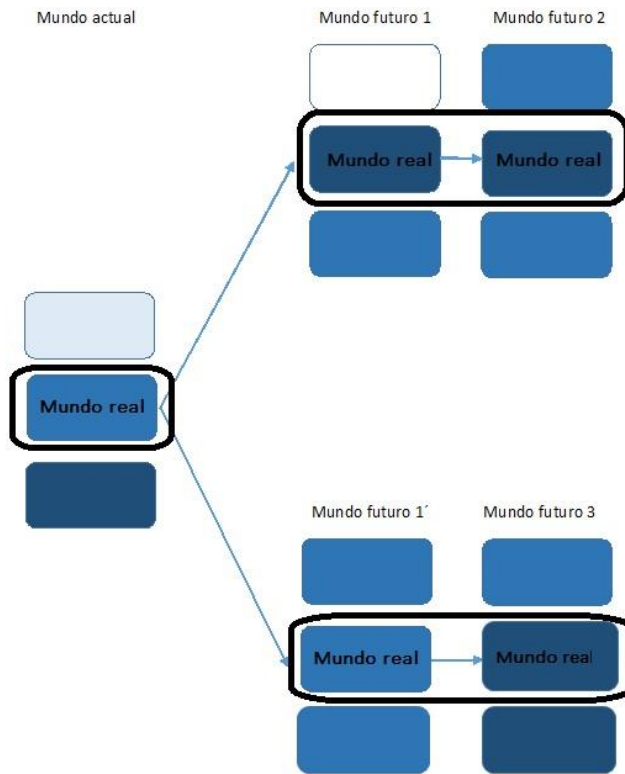


Tabla 5

Tomemos en consideración el esquema de la Tabla 5. Si adoptamos un ideal no robusto y nos focalizamos en el mundo real actual y los mundos reales futuros, como marca el recuadro negro, dejando de lado la dimensión de los mundos posibles, las cosas se ven de un modo. La elección de la reforma institucional representada por el Mf1' es un caso de sacrificio. Con el objetivo de llegar más rápido al Mf3, decidimos que las cosas queden igual. Como se ve en la tabla, en el mundo real actual y en el mundo real del Mf1' el nivel de influencia popular que de hecho tienen los ciudadanos es el mismo. Pero mantener este nivel de influencia popular en este momento (t1) nos garantiza que en un momento futuro (t2) alcancemos un nivel de influencia mayor. Por el contrario, si la reforma institucional que nos conduce al Mf1 resulta elegida, se garantiza un aumento del nivel de influencia popular,

en relación con el nivel vigente en el mundo real actual y en el mundo real futuro alternativo (Mf1[^]). Sin embargo, al incorporar la dimensión de los mundos posibles, la elección de la política que nos lleva al Mf1[^] ya no se presenta como un caso de sacrificio. Ello es así en tanto que, aunque el nivel de influencia real se mantiene y es menor al que promete la elección del Mf1, el control popular estará garantizado en los mundos posibles alternativos. Supongamos que la elección de MF1[^] consiste en la incorporación con carácter obligatorio de la audiencia con el afectado durante el proceso de *habeas corpus*. Esta reforma es realizada en un momento en el cual, en el mundo actual, los jueces realizan esta audiencia, aunque no es obligatoria, porque la consideran un modo eficaz de obtener información para resolver los *habeas corpus*. Mientras que en la elección del Mf1 el nivel de influencia real aumenta, esta queda condicionada al cambio de circunstancias. Supongamos que la elección del Mf1 supone la incorporación al proceso de *habeas corpus* de la facultad del juez para realizar tal audiencia. Como consecuencia de esta reforma, el nivel real de influencia popular aumenta, dado que la mayoría de los jueces tienen de hecho una inclinación a realizar audiencias. Sin embargo, dado que la audiencia es facultativa, cuando el afectado pertenece a un grupo que provoca rechazo en el juez, la probabilidad de que el juez realice la audiencia (o el número de audiencias en estos casos) disminuye en el mundo real. Tal podría ser el caso del juez que tiene un prejuicio en contra de las trabajadoras sexuales y se encuentra menos dispuesto a escucharlas que en el caso de otros afectados, como podrían ser los jóvenes hombres de barrios vulnerables. En consecuencia, el carácter robusto del ideal nos aporta una visión más amplia sobre qué reformas institucionales se acercan al ideal y reduce el espectro de casos que se presentan como casos de sacrificio a la luz de un ideal no robusto.

1.2. La distribución de la influencia

Los ideales regulativos pueden presentar otra complejidad. Describimos el ideal como un estado de cosas en el que existe determinada cantidad de aquello que consideramos valioso: felicidad, igualdad, libertad, etc. Lo mismo hacemos al diagnosticar la situación de hecho vigente, o mundo actual. Este refleja que la cantidad de aquello que consideramos valioso es subóptima en relación con el ideal. Hasta acá, el estado de cosas actual e ideal podrían consistir en la cantidad global del bien en cuestión, antes que la situación de cada individuo. Sin embargo, algunos ideales, como el republicano, incorporan una dimensión distributiva. Esto quiere decir que el ideal exige una determinada distribución de aquello que se considera valioso.

Cuando en el Capítulo I presenté la distinción que Pettit realiza entre la dimensión de la justicia social y la de la legitimidad, la distribución de la libertad aparecía como una cuestión vinculada principalmente a la primera dimensión. Sin embargo, la distribución también es una consideración relevante en el ámbito de la legitimidad. En el caso del ideal republicano de legitimidad, la libertad como no-dominación se garantiza a través del control popular del poder que administra el Estado y, más específicamente, los sistemas penales. Incorporada la dimensión distributiva del ideal, debemos preguntarnos sobre cuál es y cuál debería ser la tasa de influencia de cada ciudadano. En cuanto a este aspecto, el ideal republicano requiere que la influencia popular sea individualizada, de modo que se garantice que cada ciudadano tenga igual poder de edición sobre las decisiones públicas (Pettit, 2012, p.168). Además, es necesario que cada ciudadano tenga igual probabilidad de que su punto de vista se vea reflejado en el resultado. Esto último, llevado al caso de la discrecionalidad policial, requiere que cada ciudadano tenga las mismas probabilidades de que su punto de

vista se vea reflejado en la forma en que la discrecionalidad policial es administrada.

A diferencia de otros bienes, la libertad como no-dominación es un bien cuya existencia depende de una particular distribución de aquello que es una condición de posibilidad, a saber, la influencia. La libertad como no-dominación es un bien que se obtiene ahí donde cada ciudadano tiene garantizado el igual acceso a la influencia, de modo que no se puede afirmar que, en un esquema institucional en el que un grupo tiene acceso a la influencia mientras otros se encuentran excluidos, los primeros tienen más libertad como no-dominación que los segundos. De este modo, el ideal de legitimidad republicano se diferencia de otros ideales que incorporan tal dimensión distributiva, pero en los que la existencia del bien que es distribuido no depende del modo en que es distribuido. Para estos otros ideales, la existencia de determinados bienes es independiente del modo en que se distribuyen. Así, por ejemplo, el ideal de justicia rawlsiano exige que bienes como la libertad sean distribuidos de acuerdo con determinados principios (Rawls, 1971, p.60). Sin embargo, aquí la libertad es un bien que existe con independencia de cómo sea distribuido¹⁰⁸.

En el mundo actual, el poder de edición que ejerce cada ciudadano y las probabilidades de que el punto de vista -aceptable- de cada uno se vea reflejado en el modo en que los sistemas penales operan, se distribuyen de manera desigual. Así, por ejemplo, en el caso analizado, los jóvenes pobres tienen escaso poder de edición sobre el modo en que la policía administra los ámbitos de discrecionalidad policial, mientras que, por otro lado, determinados actores sociales poseen mayor poder de edición. Esta última situación se ve reflejada en casos que cobran trascendencia pública¹⁰⁹. Un sistema con estas características

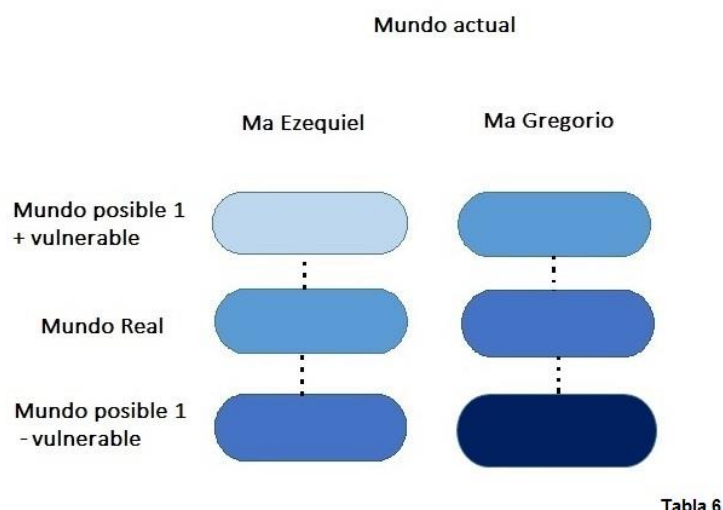
¹⁰⁸ Podría decirse que en este caso el bien es la igualdad y, por lo tanto, su existencia depende de cómo se distribuye, por ejemplo, la libertad. Pero aquí habría que preguntarse entonces por el estatus de la libertad: ¿dejaría de contar como un bien?

¹⁰⁹ <http://www.cadena3.com/contenido/2015/05/20/Admiten-habeas-corpus-contrarazzias-policiales-en-Cordoba-145868.asp>

no solo es ilegítimo, porque no garantiza que cada ciudadano tenga igual poder de edición, sino que también puede conllevar esquemas de dominación privada más complejos. Me refiero a la dominación que ejercen los agentes más influyentes sobre los miembros de los grupos que representan. Esta cuestión se desvía del ámbito de la legitimidad y plantea un problema en términos de justicia social, por lo que no me ocuparé de analizarla aquí, pero vale la pena resaltar este supuesto como un ejemplo del tipo de dominación horizontal o privada, a la que quedamos sujetos cuando un Estado, o en este caso el sistema penal, resulta ilegítimo. Así, este ejemplo se presenta como un argumento a favor de la prioridad de la legitimidad sobre la justicia social, defendida por Pettit.

En resumen, la igual distribución de la influencia y de la eficacia de la influencia - probabilidad de prevalencia del propio punto de vista- forman parte del ideal regulativo, por lo que es un aspecto que también debe considerarse a la hora de evaluar el mundo actual, y de establecer el valor de los mundos futuros y los mundos posibles alternativos a estos. Para entender el rol de la igual distribución del poder de edición, tomemos de ejemplo un sistema penal como el analizado en el ejemplo y la posición de Ezequiel y Gregorio. Ezequiel es un joven vulnerable, que es detenido constantemente por la policía. En la única oportunidad que presentó un *habeas corpus*, con el objetivo de dejar de ser detenido y arrestado cada vez que caminaba por la vía pública, su pedido fue rechazado sobre la base de que no había ninguna orden judicial de detención en su contra y, en consecuencia, su libertad no estaba amenazada. Durante el tiempo que le tomó al juez resolver el planteo, este nunca llamó a Ezequiel a una audiencia. Por el contrario, Gregorio, un estudiante universitario, fue detenido y arrestado mientras esperaba en una esquina a sus compañeros de fútbol. Mientras se encontraba arrestado, el abogado de Gregorio presentó un *habeas corpus*, se comunicó con los medios de comunicación que publicaron la noticia, y las autoridades de la facultad a la que asiste,

alertadas de la situación, publicaron un comunicado en contra del accionar policial. En pocas horas, el juez de turno emitió una resolución ordenando la libertad de Gregorio, también corrió vista al fiscal para que investigara la posible comisión de delitos en el contexto del procedimiento; finalmente, el juez ordenó a la policía que adopte medidas disciplinarias contra los agentes involucrados en el procedimiento, a fin de que en futuras oportunidades sean más cuidadosos a la hora de determinar si el caso queda comprendido en la figura de merodeo.



En la Tabla 6 se representa el mundo actual de Ezequiel y Gregorio. Lo que el gráfico muestra es que el mundo actual, que es adoptado como punto de partida para la consecución del ideal, es diferente para cada uno de los jóvenes. En la fila del medio se encuentra representada la situación real de ambos en cuanto a la influencia sobre el poder discrecional de la policía. Desde que Gregorio tiene mayor y mejor acceso a la influencia sobre el modo en que actúa la policía, su situación real en el mundo actual parece mejor que la de Ezequiel. Adicionalmente, en este caso la desigual distribución de la influencia en función del nivel

de vulnerabilidad¹¹⁰ afecta la robustez del control, garantizado a través del *habeas corpus*. Así, aunque la situación real de Ezequiel es peor que la de Gregorio en términos de libertad, ambos están dominados. El acceso a la influencia de ambos está condicionado por circunstancias contingentes, relativas a los recursos de los que disponen. El acceso a tales recursos relativos al control los hace más o menos vulnerables al poder de interferencia de la policía, pero ambos están igualmente dominados. Así, si Gregorio no fuera un estudiante universitario con recursos suficientes para contratar un abogado influyente, su situación real en el mundo actual sería similar a la de Ezequiel.

Supongamos que una reforma institucional nos permite mejorar el mundo real para ambos: por ejemplo, establece una audiencia obligatoria con el afectado. Esta reforma nos llevaría a un Mf1 con las siguientes características (Tabla 7):



Tabla 7

Aunque en el Mf1 el mundo real es mejor tanto para Ezequiel como para Gregorio, el último sigue teniendo más acceso a la influencia. Así, es probable que Gregorio tenga los

¹¹⁰ El concepto de vulnerabilidad que utilizo aquí, en parte depende del nivel de necesidades básicas satisfechas, así como de otros factores, como la pertenencia a un grupo estigmatizado.

recursos garantizados para asistir a la audiencia, y pueda expresarse de un modo más articulado, gracias a su nivel educativo y la preparación técnica de sus abogados. Durante la audiencia, Gregorio puede expresar de mejor manera su punto de vista sobre el procedimiento policial. Esto hace más probable que el punto de vista de Gregorio prevalezca sobre el modo en que se administra la discrecionalidad policial. Mientras que Ezequiel, aunque concurre a la audiencia, causa una mala impresión y no puede articular del mejor modo su punto de vista sobre el perjuicio sufrido y la arbitrariedad policial. En consecuencia, luego de la reforma institucional, Gregorio sigue teniendo más influencia que Ezequiel, y más probabilidad de que las resoluciones judiciales que ponen límites al uso de la discrecionalidad policial reflejen su punto de vista. Al mismo tiempo, los mundos posibles alternativos a la situación real futura dejan a Gregorio en una mejor posición. Sin embargo, el mayor grado de influencia sigue estando condicionado a circunstancias contingentes, como la posesión de determinados recursos lingüísticos y jurídicos.

Si pensamos el mismo ejemplo de manera colectiva, la situación parece más relevante, desde el punto de vista republicano. En lugar de Ezequiel, ubicamos las masas de jóvenes pobres que son detenidos diariamente por la policía. En lugar de Gregorio, ubicamos una elite influyente que rara vez sufre un arresto. La reforma que establece la audiencia obligatoria mejora el acceso a la influencia de los dos grupos. Pero, dado que el segundo grupo es mucho más reducido que el primero, la capacidad de influir de cada miembro de la elite se vuelve mayor, y la desigualdad se profundiza. Para evitar esto, debe considerarse la variable de la distribución de la influencia en las reformas institucionales, ya que una reforma que eleve el nivel de influencia es compatible con una distribución más desigual. En el ejemplo analizado, para acercarnos al ideal no solo será necesaria la implementación de la audiencia obligatoria, sino también algún tipo de arreglo institucional que garantice que las

personas con menos recursos comunicacionales puedan expresar su punto de vista¹¹¹. Por esta misma razón, es importante que las resoluciones judiciales den cuenta de circunstancias que, aunque son contingentes, ayudan a determinar el nivel de vulnerabilidad del afectado.

En definitiva, la naturaleza del bien de la libertad como no-dominación frente al poder estatal y el poder de los sistemas penales, determina que la igualdad de acceso a la influencia robusta y eficaz sea una condición de la existencia del bien requerido por el ideal. Además, condiciona el modo de diagnosticar el mundo actual y de valorar los mundos futuros, determinados por diferentes reformas institucionales.

2. Control popular y sistemas penales

Como afirmé con anterioridad, los principios intermedios nos ayudan a acercar nuestras instituciones y prácticas actuales al ideal regulativo; cumplen la función de ser guías prácticas, dado que establecen obligaciones, prohibiciones y permisiones. La carencia de principios intermedios puede aparejar dos inconvenientes. En primer lugar, la posibilidad de que el ideal regulativo sea mal interpretado. Esto puede acarrear que la mera inspiración en el ideal, sin intermediación de los principios, favorezca un mundo peor que el actual, y que se acentúe la distancia con aquel; a ello se puede sumar el desarrollo de un escepticismo sobre el valor o coherencia del ideal propuesto. En segundo lugar, la falta de desarrollo de principios intermedios puede llevar a otro tipo de escepticismo, no sobre el valor de las instituciones o prácticas que inspira el ideal, sino sobre la posibilidad misma de implementarlas. Para evitar esto, los principios intermedios establecen obligaciones y

¹¹¹ Este consistiría en algún tipo de política de discriminación positiva, que equipare las posibilidades de ambos jóvenes del ejemplo.

prohibiciones morales acerca de cómo deben organizarse nuestras instituciones, más en concreto: la necesidad de identificar los principios intermedios que faciliten el control ciudadano sobre los sistemas penales, y más específicamente, la discrecionalidad policial, resulta importante para conservar las ventajas del ideal republicano en el nuevo esquema teórico propuesto en el Capítulo III.

El principio de profusión del control es un principio intermedio que tiene por objetivo reforzar la influencia de la ciudadanía sobre el poder de interferencia que administran los sistemas penales, asegurando que tal poder se encuentre sometido a la influencia popular. En otros términos, busca reforzar el poder de edición de la ciudadanía, allanando los obstáculos para la influencia activa, y reforzando la disposición a controlar que requieren la influencia virtual y de reserva. La principal razón a favor del principio de profusión del control radica en evitar que los sistemas penales garanticen el acceso ciudadano a un sistema de control ilusorio y de baja densidad. De aquí que la principal función del principio de profusión del control sea reforzar la influencia popular sobre los sistemas penales. Sin embargo, el principio no se compromete con el objetivo de que los sistemas penales terminen reflejando las preferencias o puntos de vistas de la ciudadanía y, de este modo, evita el mote de favorecer algún tipo de populismo penal.

Una vez identificadas estas particularidades del ideal republicano, y cómo influye en la valoración del mundo actual y de los mundos futuros, resta determinar qué tipo de acciones son requeridas para alcanzar el estado de cosas descrito por el ideal. Los principios intermedios son los encargados de establecer qué acciones son moralmente requeridas para alcanzar este objetivo. En el primer esquema de la teoría republicana de la justicia penal, alcanzar el ideal requería de la existencia de mecanismos de control ciudadano sobre el poder. En consecuencia, la implementación de mecanismos de control del poder era una

acción obligatoria para alcanzar el estado de cosas definido por el ideal. Pero, a partir del nuevo concepto de libertad como no-dominación de Pettit, el control del poder de los sistemas penales pasa a ser el estado de cosas definido por el ideal regulativo (Capítulo III).

Hasta aquí parecía adecuado afirmar que la implementación de mecanismos de control es el tipo de deber cuya observancia conduce al estado de cosas definido por el ideal. Sin embargo, la implementación de mecanismos de control no es una acción que necesariamente nos acerca al ideal. Por el contrario, puede generar un mundo en el que el nivel de dominación de los sistemas penales es mayor que el de un mundo caracterizado por la ausencia de mecanismos de control sobre el poder (Capítulo V). Como ya se vio, quienes son víctimas del poder incontrolado de la policía por aplicación de la normativa contravencional citada, no imputan a la mala suerte la frustración de sus opciones cuando son detenidos. En lugar de ello, los afectados identifican que ese poder discrecional es utilizado en contra de los de su clase, y que no hay nada que puedan hacer o dejar de hacer para evitarlo. Cuando logran acceder a un mecanismo de control como el del *habeas corpus* la situación se repite, porque el acceso no es igualitario o porque su influencia sobre el patrón hostil de la policía está condicionada por la voluntad de los jueces. Por lo que un mecanismo de control con estas características no solo es ineficaz, de modo que no supera el test de la mala suerte, sino que confirma la creencia de que opera en contra de una clase determinada, lo que, gracias al carácter de las decisiones judiciales, agiliza que esto pase a formar parte del conocimiento común.

Este problema puede sugerir que el ideal de legitimidad republicano debe ser abandonado, o que puede mantenerse si aceptamos el costo de la dominación originada por los mecanismos de control. Sin embargo, una tercera opción nos evita tener que elegir entre estas alternativas, equilibrando nuestras intuiciones sobre el valor del ideal de legitimidad

republicano y el mal ocasionado por los mecanismos de control dominadores. Para evitar la conclusión de que un sistema penal sin mecanismos de control es mejor que uno con mecanismos de control deficientes, debe incorporarse un principio intermedio que ponga un límite a la dominación originada en los últimos. Llamaré a este principio *principio de profusión del control* (en adelante, PPC). Este principio establece una presunción en contra de la ausencia de influencia activa. Como vimos, la influencia requerida para el control republicano puede adoptar varias formas. Esta puede ser activa, virtual y de reserva, e introducen un factor que eleva la probabilidad de un determinado resultado¹¹². Lo que diferencia las diferentes formas de influencia es el tipo de factor que introducen. En el caso de la influencia activa, ese factor consiste en un hecho real. Este sería el caso de la presentación de un *habeas corpus*, que da lugar a un pronunciamiento judicial sobre el carácter arbitrario o no arbitrario de una detención y, en el primer caso, ordena la liberación del afectado y exhorta a la policía a abstenerse de utilizar la discrecionalidad en esa dirección. Mientras que el factor introducido por las influencias virtual y de reserva consiste en la presencia de una disposición adecuada. Esta disposición consiste en una actitud tendiente a influir de modo activo cuando la discrecionalidad se desvíe hacia una dirección arbitraria, en el caso de la influencia virtual; o si se quiere cambiar el rumbo que actualmente ha adoptado, en el caso de la influencia de reserva. De acuerdo con el PPC, la ausencia de influencia activa debería ser interpretada como una condición de la operación de una voluntad dominante; en consecuencia, interpretarse como indicio de falta de disposición a corregir la dirección arbitraria que ha tomado el poder que administran los sistemas penales. Dado lo anterior, el PPC establece la obligación de justificar la ausencia de influencia activa

¹¹² La razón para hablar de influencia en los tres casos es que la probabilidad está basada en el efecto en cada uno de ellos, no meramente basada en la evidencia (Pettit, 212, p.156).

sobre el poder que administran los sistemas penales; por el contrario, la influencia activa no necesita ser justificada, en la medida en que imprima un patrón aceptable. El PPC parte de la presunción de que el poder estatal no se encuentra sometido a control popular y, en consecuencia, es el tipo de poder que compromete la libertad como no-dominación de los ciudadanos. De acuerdo con el PPC, el poder estatal se encuentra fuera del control popular por *default*, de modo que su sola presencia ocasiona un daño inmediato e incuestionable al dominio de quienes se encuentran sometidos a él. Por esto, el PPC establece la obligación de justificar que la interferencia se encuentra bajo control popular; para tal fin, se determina por su parte la obligación de justificar la ausencia de influencia activa, es decir, aquella que introduce el factor más significativo en el proceso de toma de decisión de los funcionarios encargados de administrar ámbitos de discrecionalidad policial.

Yendo al ámbito de la discrecionalidad policial, el PPC prescribe que los mecanismos de control sobre estos deben diseñarse en base a dos presunciones. En primer lugar, una presunción de falta de controlabilidad del poder que ejerce la policía en el ámbito de la discrecionalidad delegada en materia contravencional. Esta presunción rige a la hora de determinar si la publicidad y el acceso a la actuación policial en estos ámbitos son suficientes. En segundo lugar, una presunción en contra de la presencia del carácter individualizado, incondicionado y eficaz del control sobre la discrecionalidad policial. Partiendo de estas presunciones, el principio de profusión requiere del Estado una actitud responsiva activa, consistente en justificar cualquier disminución en el nivel de controlabilidad de la actuación policial; debe, también, justificar cualquier restricción al carácter individualizado e incondicionado del control, como así la reducción de la eficacia del sistema de control aplicable a la discrecionalidad policial. En el caso de la discrecionalidad policial en materia contravencional, el PPC establece una presunción a

favor de interpretar la tasa de rechazos de *habeas corpus* -o la actividad judicial exigua- como consecuencia de la operación de una voluntad dominante. Esta voluntad operaría directamente sobre el colectivo de jóvenes afectados por las detenciones y arrestos por merodeo que recurren al mecanismo de control. Pero operaría, también, sobre quienes no forman parte de este colectivo, toda vez que la influencia que ejercen está condicionada a la no pertenencia al colectivo, es decir, no es una influencia robusta, como la requerida por el republicanismo.

Este principio también se funda en que el control judicial exiguo contribuye a la existencia de una dominación estructural. Tal tipo de control judicial genera condiciones institucionales para que la discrecionalidad policial pueda adoptar patrones arbitrarios, y para que los afectados -y los no afectados- no puedan influir en modificar la dirección arbitraria del accionar policial. Adicionalmente, en un contexto como este, los afectados dejan de confiar en el mecanismo de control, por lo que un mecanismo de control deficiente no solo es un obstáculo para la influencia real, sino también para las influencias de reserva y virtual. Más concretamente, el PPC establece obligaciones sobre el modo en que deben ser diseñados los mecanismos de control como el *habeas corpus*, pero también sobre el modo en que deben actuar los funcionarios encargados de operarlos. En el próximo capítulo avanzaré sobre la aplicación del principio al ámbito del caso analizado en este trabajo.

A través del establecimiento de las obligaciones, se fomenta la actividad responsiva de los sistemas penales y sus funcionarios. Además, se refuerza la disposición al control. A diferencia del principio de parsimonia, que se centra en la calidad del poder de interferencia en manos de los sistemas penales, el principio de profusión del control se centra en la calidad de los mecanismos de control popular. En el esquema anterior de la teoría republicana de los sistemas penales, el principio de parsimonia se ocupaba del carácter arbitrario del poder de

interferencia. Este era el único principio relativo a la legitimidad de las instituciones, pues, en aquel esquema, la legitimidad dependía de que el poder de interferencia calificara como no arbitrario. Sin embargo, llevado al ámbito de los sistemas penales, el ideal de legitimidad propuesto recientemente por Pettit exige que el poder dé cuenta de encontrarse sometido a control popular, antes que de su carácter no arbitrario. Por esto, el PPC exige rendir cuentas sobre la ausencia de influencia activa -o cualquier limitación o restricción a aquella-, antes que una justificación del carácter no arbitrario del poder que es controlado.

En cuanto a su rol, el PPC cumple dos funciones: por un lado, es una guía interpretativa sobre lo que el ideal de legitimidad requiere. Por otro lado, introduce un factor: la obligación de justificar la ausencia de influencia activa, que impacta en el las reformas institucionales y prácticas funcionales necesarias para la legitimidad. En cuanto a la función interpretativa, el PPC señala que la ausencia de influencia activa, en lugar de interpretarse como la presencia de influencias de reserva o virtual, debe interpretarse como producto de la resistencia a ser controlado. De acuerdo con esta interpretación, la ausencia de influencia activa también es un indicio de la ausencia de influencias virtual y de reserva.

Aunque el PPC favorece la influencia activa sobre el poder que administran los sistemas penales, solo cumple una función instrumental en relación con el ideal de legitimidad republicano. De modo que el carácter positivo de la influencia activa no influye en el carácter negativo del valor de la libertad como no-dominación, sobre el que se construye el ideal regulativo de la legitimidad republicana. El control activo es un medio para conseguir la no sujeción a un poder incontrolado. El ideal de legitimidad republicano se caracteriza, como ya vimos, como aquel estado de cosas en que los ciudadanos no se encuentran sujetos al poder de interferencia incontrolado del gobierno y, más específicamente, de los sistemas penales. Aunque el medio para alcanzar el ideal favorece

aquel estado de cosas que es coextensible con algunos ideales de libertad positiva, entendida esta como control o autogobierno, ello no perturba el carácter negativo del ideal de comunidad legítima, es decir, no afecta que lo que requiere el ideal de legitimidad republicano es la ausencia de un mal, a saber, la sujeción al poder de interferencia incontrolado.

2.1. La justificación del principio de profusión del control

Hasta aquí he descripto qué requiere el principio de profusión del control, la función que cumple en relación con ideal de legitimidad republicano y su carácter instrumental. Pero todavía no he explicado cómo la incorporación de este principio a la teoría republicana para los sistemas penales es una respuesta al problema de la dominación originada en los mecanismos de control como el *habeas corpus*, y ejercida por aquel poder o por los funcionarios encargados de controlar.

Como vimos, el republicanismo no solo está interesado en proteger a los ciudadanos frente a la dominación de las mayorías, sino también frente a la dominación de las minorías. El principio de profusión del control viene a enfrentar la dominación ejercida por la minoría, representada por los jueces encargados de canalizar la contestación ciudadana. La dominación que específicamente interesa aquí es aquella que se origina cuando un mecanismo de control no solo no contribuye a alcanzar el ideal, sino que agrega unidades de dominación, llevando al sistema o institución controlada por debajo de la línea de ilegitimidad absoluta. Si aceptamos la asimetría entre la legitimidad y la ilegitimidad, donde esto significa que las unidades de dominación estatal -ilegitimidad- no dejan de contar, se nos presenta la posibilidad de que los mecanismos de control sean peor que nada. En estos

casos, para reducir la dominación sería preferible que el mecanismo no existiera, pero esto dejaría al poder controlado -la discrecionalidad policial- aislado de la influencia popular.

Para ilustrar este problema planteé el caso del *habeas corpus*. Presenté esta institución como un mecanismo de control popular sobre la discrecionalidad policial. Así, los obstáculos o desidia respecto de la queja o contestación de los ciudadanos afectados por la discrecionalidad policial llevan a estos ámbitos de poder a la línea de ilegitimidad absoluta. Pero, además el mecanismo de control agrega unidades de dominación que llevan a los sistemas penales más allá de esta línea, desde que el modo en que operan afecta los componentes subjetivo y objetivo de la libertad como no-dominación. Un mecanismo de control como el analizado, dado que no cumple con los requerimientos del control republicano, no contribuye a alcanzar la línea de legitimidad fijada por el test de la mala suerte. Además, favorece las interferencias incontroladas originadas en el ámbito de discrecionalidad, y deja a quienes utilizan el mecanismo en una posición de mayor vulnerabilidad frente a la arbitrariedad policial que antes de la utilización del mecanismo.

En cuanto al componente subjetivo de la libertad, el mecanismo deficitario ayuda a reforzar la creencia de los afectados de que las detenciones y arrestos no son consecuencia del azar ni de algo de lo que solo ellos se pueden culpar. De este modo, la influencia que tienen los afectados sobre los ámbitos de discrecionalidad es nula, además, la respuesta judicial confirma la creencia de los afectados de que están sujetos a la voluntad dominante de la policía y de los jueces. El modo en que reacciona el mecanismo de control frente a la contestación de los afectados les da a estos una razón a favor de la creencia de que el sistema penal o el gobierno tienen algo en contra de los de su clase. Tal creencia es reforzada a través del mensaje que reciben los afectados mediante las resoluciones judiciales, que solo refrendan lo actuado por la policía y comunican que no existe una disposición a controlar

este poder. Adicionalmente, dado el carácter público de las resoluciones, el mecanismo de control se vuelve una fuente de conocimiento común de la sujeción de los afectados al poder discrecional de la policía y los jueces. Sin embargo, un mecanismo de control que opera de este modo también compromete el componente objetivo de la libertad. Ello ocurre toda vez que, en lugar de funcionar como un mecanismo que garantiza que los ciudadanos tengan el control último del poder policial discrecional, garantiza que este se mantenga en manos de la policía o el gobierno. De este modo, las opciones de los afectados quedan sujetas al poder de interferencia que administra la policía y sobre el que no tienen influencia. Adicionalmente, la policía recibe el mensaje de que tiene el control último del poder discrecional que administra y, por lo tanto, puede disponer de las opciones de los afectados a su voluntad. En consecuencia, la opción “transitar por la calle” es sustituida por la opción “transitar por la calle si a la policía le place y los jueces no controlan”.

Una vez identificada la dominación que puede agregar de manera ilimitada un mecanismo de control deficitario, dos caminos están disponibles. Uno consiste en eliminar el mecanismo de control en cuestión, dado que, si aceptamos la tesis de la asimetría entre la legitimidad y la ilegitimidad, la ausencia de un mecanismo de control sobre la discrecionalidad policial nos lleva a la línea de ilegitimidad absoluta, mientras que un mecanismo de control deficitario puede llevar la situación más allá de la línea de ilegitimidad absoluta, de manera ilimitada. El segundo camino consiste en conservar el mecanismo de control a pesar de este problema. Pero una tercera alternativa está disponible. Esta consiste en introducir un factor que limita la dominación originada en el mecanismo de control. Ese factor es introducido por el PPC, cuando introduce la obligación de justificar cualquier restricción a la influencia activa. En el caso de los funcionarios encargados de controlar el poder que administran otros sistemas, el PPC establece la obligación de justificar la ausencia

de influencia activa sobre el proceso de toma de decisión que tiene lugar en el ámbito de poder controlado. Con relación a este último ámbito de aplicación del principio, es decir, el referido a la obligación de los funcionarios encargados del control, es necesario diferenciar la obligación genérica de los funcionarios de justificar sus decisiones, de la obligación establecida por el PPC. Esta tarea puede colaborar con el objetivo de identificar cuál es el aporte que conlleva la adopción de este principio. En un estado de derecho y republicano, en el que gobiernan las leyes, los funcionarios tienen el deber de justificar sus decisiones, haciendo públicas las razones en que se apoya y cómo estas se apoyan en la ley. Sin embargo, la obligación específica que el PPC impone a los jueces encargados de resolver los *habeas corpus* se diferencia de la obligación genérica de justificar sus decisiones en base a la ley. El PPC circunscribe el objeto de la justificación. Específicamente, lo que los jueces están obligados a justificar es la ausencia de influencia activa. Justificar la ausencia de influencia activa demanda justificar específicamente cualquier obstáculo o restricción a la influencia activa. Así, por ejemplo, el PPC requeriría justificar específicamente la no apertura del proceso de *habeas corpus*, la limitación de las medidas adoptadas para investigar la actuación policial, y la ausencia de una decisión que establezca criterios que influyan en los futuros procesos de toma de decisión de la policía. Por el contrario, esta carga no es requerida cuando las exigencias para utilizar el mecanismo de control son interpretadas de modo amplio, cuando se adoptan medidas de investigación extra, o cuando se generan criterios para influir en el proceso de toma de decisión de la policía¹¹³. Aunque el PPC parece favorecer la influencia activa, no es su objetivo promover este tipo de influencia por sobre las demás. Con relación a una posible confusión sobre este punto, el principio de profusión

¹¹³ Esto no quiere decir que los criterios no deban justificarse. Lo que no debe justificarse de modo específico es la intromisión de los ciudadanos en el modo en que se administra la discrecionalidad policial.

de control cumple una función interpretativa del ideal de legitimidad, enfatizando el carácter negativo del valor de la libertad. El PPC destaca el hecho de que el ideal de legitimidad republicano exige la ausencia de sujeción al poder estatal de interferencia incontrolado y mantiene ventajas sobre su variante positiva, de acuerdo con la cual los ciudadanos son libres si ejercen un control positivo sobre aquel (Seleme, 2014).

A diferencia de la libertad positiva como control, la influencia ejercida a través del control republicano no necesita ser activa. De hecho, la influencia ejercida sobre la discrecionalidad policial a través del control ciudadano puede ser activa, virtual o de reserva. De modo que el control republicano puede operar introduciendo factores que operan como una causalidad negativa. Tal es el caso de la disposición que conllevan el control virtual y el de reserva. De acuerdo con Pettit: “Virtual and reserve influence might be taken by some as examples of negative causation: cases where the absence of a certain factor can be cast as a cause” (Pettit, 2012, p.157)¹¹⁴. Por el contrario, el tipo de influencia que va con la libertad positiva como control, requerirá un tipo de influencia activa que solo es compatible con la introducción de un factor que opera como una causalidad positiva. El principio de profusión exige justificar la ausencia de influencia activa o de las condiciones que la hacen posible. Sin embargo, no exige un aumento de la influencia activa. A diferencia de la libertad positiva como control, la influencia virtual o de reserva, ejercida a través de un sistema de control republicano, es suficiente para la libertad. En consonancia con esto, el objetivo del principio de profusión es el reforzamiento de la influencia virtual, a través de un aumento del nivel de disposición de los funcionarios, agentes y mecanismos de control a la influencia activa. Un mundo ideal posible sería aquel en el que la influencia virtual sobre el modo en que se

¹¹⁴ La influencia virtual y de reserva podrían ser tomadas por algunos como ejemplos de causalidad negativa: casos en los que la ausencia de un determinado factor puede ser tratada como una causa. (Traducción propia).

administra un ámbito de discrecionalidad policial garantiza la asignación estable de derecho y garantiza, además, el respeto de la policía por los límites a los modos en que pueden administrarlo.

A través del PPC no solo se refuerza la influencia activa, sino también la virtual. Ello es así porque el principio de profusión no exige que en todos los casos en que los ciudadanos recurren al mecanismo de control, esto de lugar a una intervención judicial sobre el ámbito de discrecionalidad policial. La demanda del PPC exige algo diferente. Este exige a los jueces justificar la ausencia de influencia activa, antes que influir activamente, por lo que la observancia del PPC es compatible con un nivel bajo de influencia activa, pero necesariamente requiere un aumento de la actividad del mecanismo de control. Aunque de la observancia del PPC no se sigue un aumento de la influencia activa, sí conlleva un aumento de la influencia virtual. Así, a través del aumento de la actividad del mecanismo de control, se refuerza la disposición a corregir los patrones no aceptables que adopta el ámbito de discrecionalidad. Además, el cumplimiento de la carga de justificar que impone el PPC, vuelve de conocimiento común la disposición de controlar de los funcionarios encargados del mecanismo de control. De este modo, se produce en los afectados directos -y en los ciudadanos- un reforzamiento cognitivo de que la discrecionalidad policial se ejerce en sus términos, y no en términos de una voluntad dominante.

A través del control judicial de la discrecionalidad policial, los ciudadanos deben imprimir una dirección aceptable sobre el rumbo de aquella. Identificar qué cuenta como una dirección aceptable será importante para determinar parte del contenido de la justificación requerida por el PPC. Como ya se vio, Pettit afirma que el control debe imprimir una dirección que cada uno está dispuesto a aceptar o encontrar aceptable (Pettit, 2012, p.170). La aceptabilidad de la dirección del control popular no es compatible con el punto de vista

de aquellos que no están dispuestos a vivir en igualdad de condiciones con los demás y suscriben la regla de que el Estado debe tratar a sus ciudadanos como iguales (Ídem). Aunque la definición de qué cuenta como una dirección aceptable es vaga y tiene un significado no normativo en la teoría de la legitimidad republicana general, no pasa lo mismo en el caso del ideal de legitimidad para los sistemas penales. Como vimos en el Capítulo III, la legitimidad de los sistemas depende, en parte, de que operen de acuerdo con el principio de parsimonia. El principio de parsimonia prescribe que la interferencia ejercida por los sistemas penales es, por *default*, arbitraria. En consecuencia, crea una presunción a favor de que cualquier acto de penalización, vigilancia, investigación o detención compromete la libertad como no-dominación.

En general, la carga impuesta por el principio de parsimonia impone una exigencia que recae sobre la asamblea, que debe decidir qué acciones criminalizar, o sobre los jueces encargados de interpretar el alcance de las prohibiciones penales. Sin embargo, en el caso de los ámbitos de discrecionalidad policial, el principio de parsimonia impone una obligación específica sobre los funcionarios encargados de administrarlos. Esta obligación consiste en justificar, en el caso analizado, la detención, de manera tal que se derrumbe la presunción a favor de que se trata de una detención que compromete la libertad como no-dominación del afectado. En consecuencia, el PPC impone a los jueces encargados de ejercer el control el deber de justificar que han indagado sobre la adecuación de la administración de la discrecionalidad policial, conforme al patrón impuesto por el principio de parsimonia. Por esto, del PPC se podría derivar un estándar acerca de las medidas judiciales requeridas para que el mecanismo opere de acuerdo con el ideal de legitimidad republicano. Así, por ejemplo, que tales medidas se reduzcan a la indagación sobre la existencia de una orden judicial de detención, o a la comprobación de que existe una ley que

delega poder discrecional en la policía, es insuficiente.

Aunque el principal objetivo del PPC es evitar que los sistemas penales caigan por debajo de la línea de ilegitimidad absoluta, también contribuye a que estos puedan alcanzar el umbral de legitimidad fijado por el ideal. Ello es posible dado que el PPC impone la carga de justificar cada obstáculo o limitación a la influencia activa que le interesa al republicanismo, es decir, aquella que tiene lugar en el marco del control popular individualizado, incondicionado y eficaz. Un modo de ver cómo contribuiría el PPC a alcanzar el ideal de legitimidad republicana es mostrar cómo se comporta en relación con los factores que limitan el carácter individualizado, incondicionado y eficaz del control.

El carácter individualizado del control demanda igual acceso a la influencia. La falta de igual acceso a la influencia es una de las razones por las que la influencia activa puede resultar limitada. En consecuencia, cuando el PPC exige que se justifique la ausencia de influencia activa, abarca la obligación de dar cuenta de la ausencia de restricciones al acceso igualitario al control. Llevado al ámbito de mecanismos de control como el *habeas corpus*, el PPC demanda que cualquier restricción al acceso al mecanismo sea justificada, mientras que cualquier medida que lo promueva no necesita ser justificada. En consecuencia, es la ausencia de políticas o prácticas judiciales destinadas a garantizar el acceso igualitario al control lo que debe ser justificado.

Por otro lado, el control popular republicano debe ser incondicionado. Este requisito se vincula al carácter robusto de la libertad, y demanda que el poder de interferencia, que en este caso administran los sistemas penales, esté sometido a control en un conjunto de mundos posibles, en los que las circunstancias cambian. Las circunstancias que pueden condicionar el control son variadas, como la connivencia de los jueces con la policía, la existencia en los jueces de un prejuicio sobre el grupo de afectados, etc. Estas circunstancias afectan la

disposición de los jueces a controlar, o la disposición a ser controlados del gobierno, los sistemas penales y los funcionarios encargados de diseñar políticas de control. La ausencia de influencia activa puede deberse a la presencia de alguno de estos condicionamientos. El PPC, al introducir la carga de justificar la ausencia de influencia activa, produce dos efectos: en primer lugar, aunque no siempre la ausencia de influencia activa se explica por el condicionamiento del control, es una posible causa; la adopción del PPC reduce la influencia de estas circunstancias condicionantes, colocándole una carga a la ausencia de influencia activa. En segundo lugar, refuerza la disposición al control. Esta disposición no es un requerimiento actitudinal sino institucional, que se puede garantizar a través de la adopción del PPC.

En cuanto al requisito de la eficacia, el republicanismo exige que la dirección que la influencia le imprime al poder controlado tenga iguales probabilidades de prevalecer en la dirección que adopte. Así, la influencia que los ciudadanos ejercen sobre la discrecionalidad policial debe ser lo suficientemente eficaz para anular la intrusión de la voluntad ajena -en este caso, la voluntad de los funcionarios policiales- en la administración del ámbito de discrecionalidad policial. Como vimos, la probabilidad de resultar detenido puede depender de tres cosas: del azar, exclusivamente de los sistemas penales y sus funcionarios, y de los afectados. Solo en este último caso se puede decir que los afectados no se encuentran dominados por el poder de interferencia que administran los sistemas penales. Para que este sea el caso, es suficiente con que los afectados tengan garantizada la igual probabilidad de que su punto de vista le imprima una dirección aceptable al poder de interferencia. No es necesario que, en definitiva, el poder adopte esta dirección, pero sí que cada ciudadano tenga la misma probabilidad de determinarla. De tal manera, los mecanismos de control deben garantizar que el poder esté sometido al control compartido de los ciudadanos, de modo que

el punto de vista de cada uno pueda prevalecer en el resultado acerca del modo en que debe administrarse la discrecionalidad policial. Cuando un mecanismo de control le pone obstáculo a la influencia popular, deja el control del poder en manos ajenas a la ciudadanía. En este caso, el poder de interferencia que afecta las opciones de los ciudadanos es administrado por una voluntad ajena y no en los términos de los afectados. En el caso analizado, cuando el mecanismo de control judicial no sirve como conductor de la influencia popular, deja en manos de la policía el control del poder de detener y arrestar; por lo que se trata, como vimos en el capítulo anterior, de un mecanismo de control ilusorio, que solo aparenta ser un canal para canalizar la influencia popular. Cuando por determinadas características del mecanismo institucional, o de la práctica de los funcionarios que lo administran, la dirección que la influencia ciudadana imprime sobre la discrecionalidad policial es ineficaz, los puntos de vista de los ciudadanos no tienen probabilidades de prevalecer. En estos casos, el mecanismo de control es ilusorio.

Un mecanismo de control ilusorio consolida el control del poder de interferencia en manos del sistema penal y sus funcionarios. Adicionalmente, un mecanismo de control con estas características funciona como una canal para consolidar el conocimiento común de que la probabilidad de ser detenido o arrestado depende exclusivamente de la voluntad de la policía. Claro que aquí estoy exagerando, porque la influencia popular puede ser más o menos eficaz, y los mecanismos de control pueden ser más o menos ilusorios. La ausencia de influencia activa también puede explicarse por el carácter ineficaz de la influencia, dado que el mecanismo de control, o los jueces, ponen obstáculos a los efectos de la influencia popular, instada por los afectados, a través de la presentación de un *habeas corpus*. Del mismo modo, el carácter ilusorio del mecanismo de control también compromete la eficacia de la influencia virtual y de reserva.

A través de la obligación de justificar la ausencia de influencia activa, el PPC impone al Estado el deber de dar cuenta del carácter eficaz del mecanismo. Por un lado, el diseño institucional de los sistemas penales, y de los mecanismos de control en particular, deben dar cuenta de que garantizan que los afectados tienen iguales probabilidades de que su punto de vista se vea reflejado en la dirección que adopta el poder de interferencia que administran. Por otro lado, los funcionarios, jueces y policías, deben dar cuenta de que sus prácticas garantizan lo mismo. Pero, de acuerdo con el carácter robusto del ideal de legitimidad, las prácticas funcionales requeridas por el PPC deben estar garantizadas institucionalmente, y no ser el mero producto de circunstancias contingentes. En definitiva, la eficacia del control popular demanda un nivel suficiente de empoderamiento, de modo que, cuando nuestro punto de vista no prevalece y resultamos afectados por alguna medida estatal, no veamos esto como el producto de una voluntad dominante. Cuando los *habeas corpus* son rechazados sistemáticamente, sin mayor esfuerzo argumentativo, la influencia de la ciudadanía sobre la discrecionalidad policial es nula. Al aumentar la carga argumentativa en caso de rechazo del *habeas corpus*, es una garantía de que existen razones no vinculadas a la sujeción a un agente o agencia dominante para rechazarlo. Esta práctica es favorecida por el PPC.

La menor probabilidad de que el punto de algunos grupos prevalezca, muchas veces se encuentra asociada al modo en que se distribuye la credibilidad (Fricker, 2007). En algunas comunidades, como en la del caso analizado, la credibilidad se distribuye de modo desigual, y esto afecta la eficacia de la influencia de algunos grupos o ciudadanos. Así, la distribución desigual de la credibilidad favorece a la policía antes que a los jóvenes pobres afectados por el uso de la discrecionalidad policial. En tanto que la credibilidad de otros actores, como en el caso de Gregorio, sobrepasa la de la policía. El PPC garantiza que los puntos de vista de los afectados sean tratados con mayor credibilidad que el punto de vista

de quienes administran en poder discrecional. Este tratamiento es garantizado a través de la carga impuesta a los jueces de justificar el rechazo del punto de vista de los afectados.

Además de colaborar en alcanzar el umbral de legitimidad, reforzando las características del control republicano, el PPC permite que la promoción de la libertad como no-dominación mantenga sus ventajas distintivas como objetivo de los sistemas penales. La asignación estable de derechos y la motivación por el respeto de los límites son las principales ventajas del objetivo republicano, sobre otros objetivos como el prevencionista o retribucionista. Un objetivo da lugar a una asignación inestable de derechos si proporciona un motivo para que la legislación contemple tales derechos, pero no provee una razón para que los agentes asociados al sistema penal lo consideren seriamente (Braithwaite-Pettit, 1990, p.60). Describiendo lo que implica la adopción de un objetivo que da lugar a una asignación inestable de derechos, Braithwaite y Pettit afirman:

Supongamos que un objetivo X se promueve si se otorga a las personas derechos legales a A. X no dará a ningún agente motivos para tomar en serio los derechos-A si, a pesar de las sanciones legales, el mejor modo de promover X es tener siempre en cuenta qué requiere el objetivo, honrar los derechos-A cuando esto sea lo mejor que puede hacerse, y conculcarlos cuando eso sea lo mejor que puede hacerse (Ibídem, p. 61).

La adopción del objetivo de la promoción de la libertad como no-dominación requiere el reconocimiento de determinados derechos, como el derecho a no ser detenido por el capricho de algún funcionario. No porque la arbitrariedad sea sinónimo de dominación, sino porque este objetivo depende de que no sea un hecho arbitrario lo que eleve la probabilidad de resultar afectado. Los ámbitos de discrecionalidad policial, al delegar en funcionarios particulares la determinación de las razones para detener o arrestar, favorecen que estos evalúen si honrar o conculcar tal derecho. De este modo, la probabilidad de que tal

derecho resulte honrado o conculcado depende de una voluntad ajena, a menos que esta discrecionalidad sea sometida a control popular. Cuando la discrecionalidad está sometida a control popular, el derecho a no ser detenido en base a la mera voluntad de un funcionario queda estabilizado, desde que la probabilidad de resultar detenido depende de los afectados.

Pero en este escenario se introducen el mecanismo de control y los funcionarios encargados de administrarlos. Como hemos visto, los mecanismos de control pueden servir para conducir la influencia popular, o para aislarla y reafirmar la sujeción de los ciudadanos al poder de interferencia de los sistemas penales. En este último caso, los mecanismos de control dejan en manos de los agentes asociados al sistema penal el poder de determinar si un derecho es conculcado u honrado. El PPC contribuye a evitar esta última situación, impidiendo que los mecanismos de control operen como aislantes de la influencia popular y garantes del poder incontrolado de interferencia de los sistemas penales y sus funcionarios.

Aunque la ausencia de influencia activa sobre la discrecionalidad policial no siempre responde a que el mecanismo de control funciona como aislante de la influencia popular, puede ser un indicio de que el mecanismo de control está bloqueando la influencia. Para lograr esto, el PPC impone la carga de justificar la ausencia de influencia activa sobre la discrecionalidad policial. Como vimos, el cumplimiento de esta carga es una muestra del que el mecanismo de control sigue siendo apto para conducir la influencia popular, sea activa o virtual. De este modo, los ciudadanos mantienen el control de aquellas opciones que son consideradas derechos, de tal manera que estos dejan de depender de la voluntad de quienes administran el poder discrecional.

Además, el PPC ayuda a mantener la segunda ventaja del objetivo, es decir, la motivación por el respeto de los límites que los derechos ponen al ejercicio de la discrecionalidad policial. Cuando los funcionarios que administran la discrecionalidad

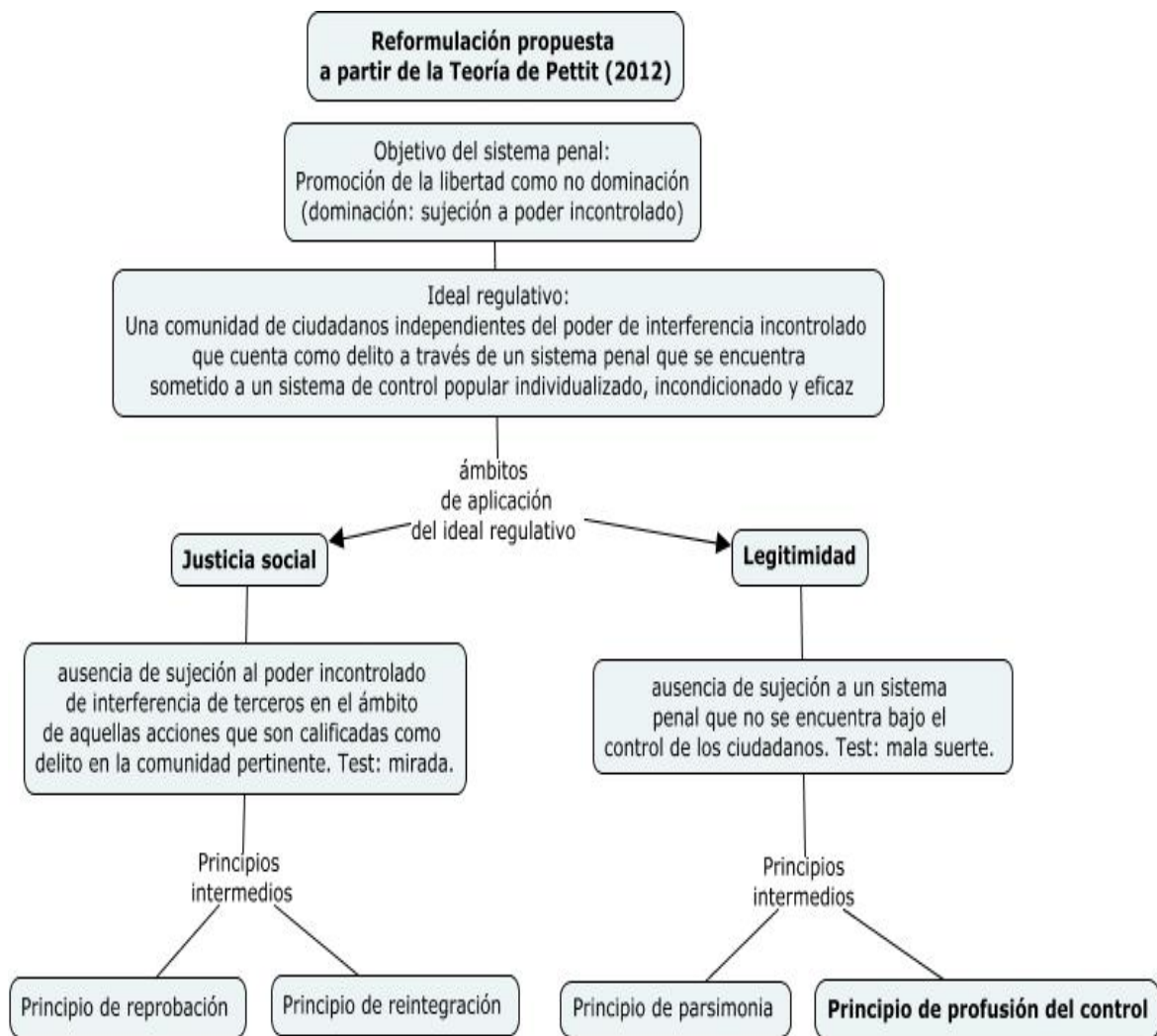
policial lo hacen al margen del control popular, sus motivaciones por el respeto de los límites que imponen los derechos desaparecen. El modo de garantizar que la discrecionalidad mantenga una dirección aceptable es a través de la influencia virtual, que se activa cuando toma una dirección que viola los límites impuestos por los derechos incuestionables. Si el mecanismo de control establecido para corregir esa desviación o falta de motivación por los límites, en lugar de hacer esto, aísla el poder de la policía de la influencia popular, no se puede esperar que los funcionarios estén motivados por los límites. Esto podría significar algo más débil, dado que existen múltiples mecanismos de control sobre la discrecionalidad policial. Un enfoque más débil sobre el punto afirmaría que tal motivación es menor que si el mecanismo de control bajo análisis funcionara como conductor de la influencia popular.

El PPC garantiza que el mecanismo de control siga operando como conductor de la influencia popular. Aunque en algunos -o la mayoría- de los casos no conduzca la influencia activa a cumplir con la carga de justificar por qué la dirección impresa por la presentación de un *habeas corpus* no prospera, mantiene vigente la influencia virtual. De este modo, en los casos de rechazo de *habeas corpus*, la carga de justificar la ausencia de control del accionar policial da el mensaje de que existe una disposición a influir activamente ante la violación de los límites a la discrecionalidad policial. Además, en el caso de que la carga de justificar la ausencia de influencia activa no pueda ser cumplida, el juez tendrá la obligación de intervenir activamente sobre el accionar policial, reafirmando los límites, lo que tendrá efecto sobre la motivación en los casos futuros.

Aunque el PPC contribuye a que un mecanismo de control deficitario alcance el umbral de legitimidad requerido por el test de la mala suerte, su principal contribución es evitar que se convierta en un instrumento que promueve la dominación más allá de la línea de ilegitimidad máxima. Este se dirige a evitar que el mecanismo de control se convierta en

una herramienta de conservación del control último del poder de interferencia estatal en manos de los sistemas penales y sus agentes asociados. De modo que el PPC garantiza el mínimo requerido para no caer debajo de la línea de ilegitimidad absoluta. Esto nos lleva a la última consideración sobre la importancia del PPC.

Como ya se mencionó, la obligación de obedecer el derecho y abstenerse de cuestionar las leyes arbitrarias a través de medios no institucionales, depende de la legitimidad del gobierno y sus instituciones. Tal obligación es plena cuando los sistemas penales alcanzan el umbral de legitimidad establecido por el test de la mala suerte. Tales deberes subsisten, aunque se van debilitando progresivamente, hasta alcanzar la línea de legitimidad absoluta. Desde que el PPC cumple la función de evitar que el poder controlado alcance la línea de ilegitimidad absoluta, impide que se extinga la obligación de obedecer el derecho y de abstenerse de utilizar vías no institucionales para impugnar el modo en que se administra la discrecionalidad policial. Con la incorporación del principio de profusión del control, la estructura de la teoría republicana para los sistemas penales quedaría conformada del siguiente modo:



Como afirmé arriba, aunque de manera superficial, el principio de profusión, a través de la introducción de la obligación de justificar la ausencia de influencia activa sobre la discrecionalidad policial, busca promover la influencia virtual sobre el proceso de toma de decisión de los funcionarios policiales. Sin embargo, vale la pena resaltar que el valor que esta obligación le otorga al control judicial de la discrecionalidad policial es solo instrumental en relación a la libertad como no-dominación. Así, existen otros modos de garantizar la compatibilidad de la discrecionalidad policial con la libertad como no-dominación, que reduce el protagonismo de la influencia activa. Por ejemplo, un mayor grado de respeto por los límites a la discrecionalidad policial puede lograrse a través de un

entrenamiento adecuado de la policía. Incluso, podría resultar que el principio de profusión del control no sea recomendable para aquellas sociedades en las que la actitud responsiva de los sistemas penales sea alta. En este tipo de comunidades, el principio de profusión no es recomendable para evitar el umbral de ilegitimidad absoluta, y podría tener efectos contraproducentes, como los derivados del reforzamiento de las etiquetas negativas, la dependencia de las sanciones, la actitud desafiante y el cerramiento de filas hacia el exterior (Pettit, 1997, p.219).

2.2. Posibles objeciones al principio de profusión del control

Las objeciones a un principio intermedio apuntan a mostrar que no contribuye a alcanzar el ideal regulativo propuesto, e incluso su suscripción puede empeorar la situación actual¹¹⁵. En consecuencia, para que el PPC sea descartado será necesario mostrar que su implementación no evita que el poder estatal controlado alcance la línea de ilegitimidad absoluta.

Una primera objeción podría ser que el PPC solo protege el aspecto subjetivo de la libertad. De acuerdo con esta idea, el PPC solo serviría para contrarrestar la creencia de los ciudadanos sobre la sujeción que sufren, pero no alteraría el carácter incontrolado del poder que los afecta. Para mostrar la necesidad del PPC, nos referimos al problema de la dominación que agregan los mecanismos de control deficientes o ilusorios. Esta dominación agregada es la que lleva al poder que debería controlarse a la línea de ilegitimidad absoluta. Pero, al describir el problema, dije que la forma en la que opera un mecanismo de control de

¹¹⁵ Acá debería distinguirse el caso del principio intermedio que nos lleva a un mundo futuro peor que el actual, pero como condición de acceso a un mundo futuro más cercano al ideal.

esta clase refuerza la creencia del afectado de que sus opciones están sujetas al poder incontrolado de la policía y además lo hace parte del conocimiento común.

Pero cuál sea la fuerza de las creencias de los afectados y del resto de la población respecto de la sujeción de los primeros al poder incontrolado de la policía, es solo un indicio del problema, que sigue la línea propuesta por Pettit en el test de la mala suerte. Este test determina un umbral de legitimidad que descansa en las creencias de los afectados. Pero tanto el umbral como el test, que intenta determinar el nivel de eficacia del control popular requerido, tienen una base objetiva, mientras que las creencias de los afectados son un indicio de que tal base objetiva se ha alcanzado. Objetivamente, el umbral se alcanza cuando el punto de vista de cada ciudadano, expresado a través de la influencia individualizada e incondicionada, tiene la misma probabilidad de prevalecer en la dirección adoptada por el poder controlado. En el caso del poder discrecional de la policía en materia contravencional, se requiere que el punto de vista de cada ciudadano tenga las mismas probabilidades de prevalecer en la dirección o la forma en que se utiliza la discrecionalidad. La igual probabilidad es una demanda objetiva, cuya respuesta es institucional. De acuerdo con lo que vimos en el capítulo anterior, el punto de vista de los afectados y de los ciudadanos que, sin ser afectados, recurren al mecanismo de control, tiene cero probabilidades de prevalecer, en tanto que el punto de vista de la policía prevalece siempre. El carácter deficitario e ilusorio de un mecanismo de control popular como el *habeas corpus* no solo confirma la creencia de los afectados sobre este extremo, sino que refuerza la prevalencia de la voluntad de la policía sobre la dirección que adopta el poder discrecional. Como ya se vio, el PPC, a través de la carga de justificar la ausencia de influencia activa, refuerza la influencia popular sobre la discrecionalidad policial, distribuyendo a favor del pueblo la probabilidad de influencia ejercida sobre el ámbito de discrecionalidad policial. Una consecuencia necesaria de la

adopción del principio se vincula a las creencias de los afectados -y el conocimiento común- acerca de que no se encuentran sujetos al poder de la policía, o de que lo están en menor medida, dado que en un esquema institucional como este la probabilidad de que la discrecionalidad se administre en los términos de la policía es nula. Esta consecuencia no es irrelevante, porque promueve el aspecto subjetivo de la libertad como no-dominación, pero de ello no se sigue que solo esto ocurra.

Otra posible objeción es que el PPC favorece la intromisión de la ciudadanía y de los jueces en la tarea de los funcionarios policiales encargados de administrar los ámbitos de discrecionalidad. Tal intromisión de los ciudadanos y los jueces puede ser considerada como un factor que compromete la confianza en los funcionarios encargados de administrar el ámbito de discrecionalidad policial. Pero no sería razonable que un poder que está fuera de nuestro control nos inspire más confianza que un poder que está bajo nuestro control. Tampoco sería razonable confiar en el desempeño de funcionarios que no tienen que responder frente a la ciudadanía, más que en aquellos que sí deben hacerlo y se comportan de acuerdo con este deber, por ejemplo, favoreciendo la transparencia que posibilita el control.

Una tercera objeción afirmaría que el PPC no resuelve el principal problema asociado con la discrecionalidad policial, a saber, el modo arbitrario en que se administra. Para algunos, el único riesgo de crear un ámbito de discrecionalidad policial es el asociado con la posibilidad o probabilidad de interferencia arbitraria. Respecto a esta objeción pueden decirse tres cosas. En primer lugar, el PPC permite que los ámbitos de discrecionalidad policial sean compatibles con la libertad como no-dominación, garantizando que aquellos estén sometidos al control popular. De este modo se garantizan la legitimidad y el carácter no dominador del poder que detentan los sistemas penales y sus funcionarios. Como ya se

vio, la arbitrariedad no es una condición ni suficiente ni necesaria para la dominación estatal, de modo que, si la discrecionalidad policial adopta una dirección arbitraria, esto no compromete su legitimidad, y los ciudadanos están obligados a utilizar medios institucionales para hacer variar tal dirección. Pero, aunque el control popular es una respuesta al carácter dominador del poder discrecional, y no su dirección arbitraria, contribuye a la causa de la no arbitrariedad de manera genérica y específica. De manera genérica, el control popular de la discrecionalidad garantiza que la influencia popular, la que siempre debe imprimir una dirección aceptable, tenga protagonismo en la toma de decisión de aquellos en quienes se ha delegado discrecionalidad.

Sin embargo, la respuesta más importante a esta última objeción se vincula a la relación entre el PPC y el principio de parsimonia. Como ya se señaló en el apartado anterior, el PPC requiere que los jueces indaguen sobre la observancia del principio de parsimonia por parte de los funcionarios encargados de administrar los ámbitos de discrecionalidad policial. El principio de parsimonia también proporciona un criterio para identificar qué dirección impresa por la influencia popular cuenta como aceptable. De acuerdo con este principio, cualquier acto de interferencia o vigilancia de los sistemas penales debe considerarse, por *default*, arbitrario; en consecuencia, pesa sobre los sistemas penales la carga de argumentar a favor del carácter no arbitrario de tales actos. En el caso de los ámbitos de discrecionalidad policial, tal carga recae sobre los funcionarios en cada decisión particular, o en la adopción de pautas de trabajo que no están incluidas en la ley. El PPC impone a los jueces la obligación de justificar la ausencia de influencia activa sobre el proceso de toma de decisión de la policía, sobre la base de que tales decisiones se mantienen en la dirección requerida por el principio de parsimonia.

Una cuarta objeción es que el PPC podría desincentivar el uso de la discrecionalidad

delegada en los agentes policiales. Con ello se frustraría el objetivo que justifica la delegación de la discrecionalidad, a saber, la promoción de la justicia social en las relaciones entre los ciudadanos, a través de un modo particularista de actuación policial en materia contravencional. La objeción afirmaría que el principio propuesto aumentará la intromisión de los jueces y la ciudadanía sobre la discrecionalidad delegada, generando incertidumbre en los agentes acerca de cómo será valorado su desempeño funcional, o si serán investigados y sancionados por utilizar la discrecionalidad de una dirección no aceptable. Sin embargo, esta objeción no es lo suficientemente fuerte como para socavar el valor del PPC. Primero, porque la adopción del principio no supone necesariamente un aumento de la influencia activa sobre el ámbito de discrecionalidad policial. En lugar de esto, el PPC tiene como objetivo aumentar la influencia virtual sobre la discrecionalidad policial, es decir, la disposición a entrometerse en el trabajo policial solo cuando se desvía de un patrón aceptable. Por otro lado, la contestación ciudadana y el control judicial favorecidos por el PPC promueven el desarrollo de criterios sobre los límites aceptables de la discrecionalidad policial, que aportan certidumbre al desarrollo de la tarea de estos funcionarios. Así, por ejemplo, la sentencia en el caso Seleme¹¹⁶ dio lugar a una circular interna de la policía que promovía determinados límites en el uso de la discrecionalidad policial¹¹⁷. Por ejemplo, afirmaba que el hecho de que alguien se encuentre caminando en las intermediaciones de su hogar, trabajo o establecimiento educacional al que asiste, no puede ser considerado una razón a favor de concluir que actúa de modo sospechoso.

De lo anterior se sigue que el control judicial sobre la discrecionalidad policial no

¹¹⁶ “HABEAS CORPUS presentado por el Dr. Hugo Omar SELEME a favor de los vecinos de los Barrios Arguello, Autódromo, Sol Naciente y Otros” (Expte. Sac. n° 2298821).

¹¹⁷ Circular interna de la Policía de la Provincia de Córdoba (132/15). En esta se le hacía saber a la policía que detener preventivamente a alguien solo por su aspecto salía de los límites de una dirección aceptable de la discrecionalidad policial.

solo tiene efectos retroactivos sobre la dirección que ha adoptado la discrecionalidad policial, sino también prospectivos. En este último caso, el control popular genera criterios que guiarán las decisiones futuras adoptadas en estos ámbitos. Como afirma Reiss, el control sobre la discrecionalidad policial “can operate prospectively only to the extent that the prospect of review commands a deterrent power on the risk assumed by a decision maker” (Reiss, 1984, p.90)¹¹⁸. La perspectiva de revisión futura es garantizada a través de la influencia virtual, que en todos los casos es reforzada a través del PPC. No hay que olvidar que, aunque el PPC tenga algún impacto negativo en el nivel de libertad como no-dominación privada alcanzado, dado que la perspectiva de rendición de cuentas paraliza a la policía, la prioridad de la legitimidad sobre la justicia social justifica su observancia.

Un quinto problema que puede plantear el PPC es que parece entrar en conflicto con presunciones que ocupan un rol importante en nuestra cultura institucional. Tal es el caso de la presunción de legalidad de los actos administrativos del Estado, en este caso, de las decisiones adoptadas por los funcionarios en un ámbito de discrecionalidad. Sin embargo, el PPC apoya una presunción en contra de la legitimidad de las decisiones de la policía. De acuerdo con esta, por regla, las decisiones adoptadas en los ámbitos de discrecionalidad son incompatibles con la libertad como no-dominación de los ciudadanos, dado que se trata de un poder que no se ejerce en los términos de estos. De un modo diferente, la presunción de legalidad de los actos administrativos del Estado establece que debe considerar, por regla, que las decisiones particulares de la administración no son incompatibles con lo establecido en la ley. Los efectos institucionales que la presunción de legalidad de los actos administrativos busca evitar pueden ser favorecidos por el PPC, pero no existe tal

¹¹⁸ Puede operar prospectivamente solo en la medida en que la perspectiva de revisión ejerza un poder disuasivo sobre el riesgo asumido por un tomador de decisiones. (Traducción propia).

contradicción. Más allá de esto, uno podría defender la idea de que la presunción de legalidad de los actos administrativos del Estado es incompatible con el carácter contestatario de la democracia deliberativa (esta es tarea que no corresponde encarar en este trabajo).

Otras objeciones podrían considerarse. Hasta aquí solo he trabajado sobre las que considero más relevantes. Dadas las ventajas del PPC en términos de ilegitimidad, parece que cualquier ponderación de estas con las objeciones favorece la adopción del PPC como parte de la teoría republicana para los sistemas penales, y como herramienta normativa para alcanzar el ideal de legitimidad de manera robusta. Si hasta acá no ha quedado claro cómo haría esto el PPC, en el próximo capítulo, un ejercicio de aplicación ayudará a este objetivo. Me encargaré de aplicar el PPC a dos ámbitos: por un lado, al instituto del *habeas corpus* y los deberes de los jueces; por otro lado, al ámbito de la ética policial. Finalmente, presentaré una propuesta revisada de la teoría republicana para los sistemas penales, que incorpora el PPC, se apoya en el último concepto de libertad como no-dominación y es sensible a la prioridad del ideal de legitimidad de los sistemas penales sobre el ideal de justicia social.

CAPÍTULO VIII

APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE PROFUSIÓN DEL CONTROL

En este capítulo final me encargaré de presentar algunas consecuencias de la adopción y aplicación del principio de profusión del control. En los dos primeros apartados me ocuparé de proponer algunas consecuencias para el ámbito del *habeas corpus*. En el Capítulo VI nos encargamos de presentar sus principales falencias como mecanismo de control de la discrecionalidad policial. Por lo que en este apartado tendré en cuenta esas limitaciones para proponer, por un lado, un conjunto de reformas legales y, por otro lado, el desarrollo de una práctica judicial que contribuyan a la causa de la libertad como no-dominación. La propuesta se dirige a hacer más igualitario, incondicionado y eficaz el control judicial. No obstante, la propuesta se dirige también a hacer más controlable el poder que administran los funcionarios que gestionan estos mecanismos de control, a saber, los jueces. En la parte final del apartado me referiré a los desafíos que pueden plantear determinados usos colectivos de este mecanismo de control popular. Más concretamente, me referiré a las posibles dificultades que podría aparejar el litigio estructural como mecanismo de control popular para el ideal republicano de legitimidad.

En el segundo apartado me ocupo de presentar algunos lineamientos para una ética policial compatible con la concepción republicana de ciudadanía contestataria. La adopción de una ética policial republicana resulta beneficiosa en dos sentidos. En primer lugar, si la actuación de la policía está diseñada bajo el mandato de resultar controlable, esta facilita el

control popular a través del *habeas corpus*. Pero, además, una ética policial compatible con la contestación ciudadana incorpora formas de control popular directas que exigen el desarrollo de competencias actitudinales compatibles con la participación ciudadana a través del control directo.

En el último apartado me ocupo de presentar la teoría republicana para los sistemas penales, con la incorporación del principio de profusión del control. Además, planteo cómo la regla de prioridad de la legitimidad sobre la justicia social podría impactar en la relación entre los principios. Finalmente, propongo la incorporación de un principio de justicia social suficiente que coopere con el ideal de legitimidad de los sistemas penales.

1. Habeas corpus y principio de profusión del control

1.1. Obligaciones de los jueces

A partir de los datos empíricos insumidos para analizar el funcionamiento del *habeas corpus*, puede vislumbrarse cómo el principio de profusión del control contribuiría a evitar la dominación judicial originada en este ámbito. Vale la pena subrayar que las reformas institucionales requeridas por el principio de profusión del control tienen como objetivo limitar cualquier condicionamiento del ejercicio de la influencia popular por la voluntad de quienes administran el mecanismo de control. Por lo que el principio de profusión les impone a los jueces la carga de justificar cualquier limitación a la influencia activa. En consecuencia, las reformas institucionales que sugiere refuerzan el carácter igualitario, robusto o incondicionado y eficaz del control republicano.

Un primer aspecto del *habeas corpus* que debería ser modificado, es el referido a la legitimación para el uso del mecanismo. La legitimación determina quién tiene derecho a

utilizar este mecanismo, es decir, quién puede acceder al tipo de influencia activa sobre la discrecionalidad policial que se canaliza a través del *habeas corpus*. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el criterio adoptado es el de la afectación. De acuerdo con este criterio, los ciudadanos afectados, o las organizaciones que representan a los ciudadanos afectados, son quienes tienen derecho a utilizar el mecanismo de control. En consecuencia, cuál sea el alcance de la legitimación dependerá de cuál sea el mal que se tiene en mente a la hora de determinar quién cuenta como afectado.

La influencia de la concepción liberal de libertad como no-interferencia determinó el predominio de la interpretación restrictiva de la legitimación. De acuerdo con esta interpretación, solo quienes sufren o es probable que sufran interferencia, como consecuencia del ejercicio de la discrecionalidad policial, cuentan como afectados y, en consecuencia, están legitimados para utilizar el mecanismo de control. Sin embargo, una vez que se adopta la concepción de libertad como no-dominación, se advierte que los afectados son todos los que están sujetos al poder discrecional de la policía con independencia de si sufren o es probable que sufran interferencia. De ahí que, para el enfoque republicano, el colectivo de afectados se amplía a quienes están dominados por la discrecionalidad policial y, en consecuencia, la legitimación para utilizar el mecanismo debe ampliarse del mismo modo.

La interpretación restrictiva de la legitimación funciona como un obstáculo a la influencia activa de los ciudadanos sobre la discrecionalidad policial. De acuerdo con esta interpretación, solo aquellos que sufren interferencia o amenaza de interferencia y quienes mantienen un vínculo especial con ellos y las organizaciones legalmente reconocidas que tienen por objetivo la promoción de este tipo de acciones judiciales, pueden hacer uso de este mecanismo. Esta interpretación excluye, por un lado, a los ciudadanos que son afectados

por la discrecionalidad policial simplemente por encontrarse sujetos al poder de interferencia policial, aunque es improbable que resulten detenidos. Por otro lado, excluye a las organizaciones que no cuentan con personería jurídica o no especifican en su objeto la presentación de acciones judiciales. La posición de estas organizaciones y sus miembros se origina por lo general en la falta de acceso a la justicia o, como en el caso de las trabajadoras sexuales, en una obstaculización intencional direccionada a subyugar a un grupo considerado molesto.

En relación con el problema de la legitimación, el principio de profusión de control no obliga a los jueces a adoptar una interpretación amplia. Lo que requiere es que los jueces justifiquen la limitación de legitimación mientras que exime de tal justificación cuando se amplía la legitimación. Además, en un sistema republicano se espera que la base argumentativa de los jueces esté informada por el valor de la libertad como no-dominación. En consecuencia, para determinar qué cuenta como una afectación a la libertad y quién cuenta como afectado, los jueces deben adoptar como punto de partida la concepción republicana de libertad. Sobre esta base normativa los jueces también deben ponderar la situación de las organizaciones de afectados que, debido a déficit de legitimidad del propio sistema, no pueden cumplir con los requisitos formales de legitimación¹¹⁹.

En concordancia con lo anterior, el principio de profusión del control exige un reajuste en la base interpretativa para evaluar qué cuenta como interferencia y como amenaza de interferencia. Las interpretaciones restrictivas sobre estos elementos adoptan una concepción de la libertad ambulatoria basada en la concepción liberal de libertad, y son una

¹¹⁹ Con relación a la legitimación se introduce un problema adicional, al que me referiré en el apartado, vinculado a la representación del colectivo de afectados, la existencia de opciones de sobreempoderamiento y las relaciones de dominación horizontales que pueden originarse en estos casos.

de las principales causas de rechazo de los *habeas corpus*, como mostré en el Capítulo VI. De acuerdo con la práctica judicial imperante, solo la existencia de una orden de detención o captura cuenta como un factor que amenaza la libertad ambulatoria. Por el contrario, una interpretación republicana exige que se considere la existencia de patrones en la gestión de la discrecionalidad policial que elevan la probabilidad de que los miembros de determinados colectivos sean detenidos. De ahí que el principio de profusión del control demande la incorporación de elementos fácticos estructurales sobre las prácticas policiales y sobre la vulnerabilidad de los afectados a las medidas probatorias que conforman la base fáctica sobre la que los jueces fundan su decisión. Para lo primero, se podría sugerir que la policía y el poder judicial produzca información sobre las prácticas policiales descritas en los *habeas corpus*, en las causas penales donde se investiga el accionar policial y en el resto de las causas, respecto de su rol en la investigación. Para lo segundo, se sugiere incorporar en las resoluciones datos relativos a la residencia, edad y género del afectado, a los fines de identificar el nivel de vulnerabilidad de los afectados. En concreto, el principio de profusión exige, en este aspecto, que los jueces, al justificar el rechazo del *habeas corpus* lo hagan adoptando una interpretación republicana de los conceptos de interferencia y amenaza.

Cuando la libertad como no-dominación es adoptada como base para la argumentación judicial, otros hechos cobran relevancia. Como vimos, los efectos que la discrecionalidad policial tiene en otras opciones diferentes a la libertad ambulatoria, en la subjetividad de los afectados y el modo que planifican sus vidas, han sido considerados como argumentos a favor de rechazar el *habeas corpus* por objeto extraño. Sin embargo, si se adopta el valor de la libertad como no-dominación, estos hechos pueden ser descriptos como muestra de la dominación policial sobre la opción de transitar por la vía pública. Desde que la interpretación actual de la base fáctica del *habeas corpus* está influenciada por la

concepción liberal de libertad, es un obstáculo a la influencia popular activa sobre la discrecionalidad policial. Aquí, el principio de profusión del control impone a los jueces la carga de justificar el rechazo del *habeas corpus* ponderando la base fáctica del caso a la luz de la concepción republicana de libertad. El principio sugiere, por ejemplo, que los jueces incorporen y ponderen en sus decisiones los efectos que la sujeción al poder policial genera en diferentes aspectos de la vida de los jóvenes afectados.

Además, el principio de profusión exige a los jueces agotar todos los recursos a su alcance para corroborar la existencia de restricciones al dominio como consecuencia del accionar policial. Como vimos, la inacción judicial puede socavar el control de los ciudadanos sobre la discrecionalidad policial. En este caso, la negligencia judicial aparece como un obstáculo para el ejercicio de la influencia popular activa, pero además debilita la influencia virtual y de reserva. Los datos muestran que las medidas judiciales se limitan al pedido de informe. La actividad judicial negligente se erige, en consecuencia, en un obstáculo que socava la influencia popular. De ahí que el principio de profusión conlleve la carga de dar cuenta de todas las pruebas solicitadas por el afectado, y justificar la ausencia - o no producción- de alguna medida probatoria o medida destinada a resguardar la libertad ambulatoria. A modo de ejemplo, el ideal de legitimidad republicano favorece en este ámbito la promoción de las audiencias en las que los jueces puedan escuchar a los afectados, mientras que el principio de profusión les impone a los jueces la carga de justificar la no realización de la audiencia.

Otro aspecto de la práctica judicial que podría modificar el principio de profusión de control se refiere al papel que cumple el plazo o el carácter urgente de resolución del *habeas corpus* establecido en la ley. De acuerdo con el ideal republicano, tal plazo debe interpretarse como un dispositivo institucional que favorece la influencia activa de los afectados. Por el

contrario, en la práctica actual desempeña el rol de un obstáculo para la influencia activa. Así, el plazo o carácter urgente se utilizan como excusas para limitar el diligenciamiento o producción de prueba de los accionantes, en los casos en que la prueba existente sugiere el rechazo del *habeas corpus*. Cuando las pruebas o medidas judiciales sugieren el rechazo del *habeas corpus* el plazo no rige pues es una condición a favor de los afectados. De ahí que el principio de profusión exige que los jueces tengan la carga de mostrar que el carácter urgente del *habeas corpus* desempeñó en el desarrollo del procedimiento un papel favorecedor de la influencia activa.

El principio de profusión de control impone principalmente la carga de justificar los rechazos, tomando en consideración lo anterior, mientras que tal carga se reduce al mínimo en el caso de una resolución favorable. De acuerdo con este principio, la concesión del *habeas corpus* procede por *default*. Contrariamente a lo que podría creer, la adopción del principio de profusión no se traduce necesariamente en una disminución del índice de rechazos, pero sí en un aumento de la actividad judicial. Así, la práctica judicial que el principio de profusión incentiva se traduce en una mayor actividad judicial en el caso de los rechazos que en el caso de la concesión del *habeas corpus*¹²⁰.

Finalmente, el ideal de legitimidad republicano exige que los jueces no obstaculicen otros medios de influencia activa sobre la discrecionalidad policial y la actuación policial en general. Así, en los casos en que la actuación policial encuadre en una conducta delictiva o en una falta disciplinar, los jueces deben promover que los mecanismos de control penales y disciplinarios se activen. En este aspecto, el principio de profusión del control impone a los jueces la carga de justificar la falta de estimulación de tales mecanismos. Por lo que los

¹²⁰ Aquí no me he ocupado del contenido que deberían tener las resoluciones judiciales que se dirigen a influir sobre el patrón de la actuación policial de acuerdo con el ideal republicano de legitimidad.

jueces deben por regla remitir a la fiscalía de turno las actuaciones para que investigue la posible comisión de delitos y tienen la carga de justificar la no estimulación de otros mecanismos de control.

Hasta acá el diseño institucional que exige el principio de profusión del control tiene como objetivo garantizar el control popular sobre la discrecionalidad policial. Pero, como vimos, los jueces -y los funcionarios que administran mecanismos de control- ejercen un poder de interferencia sobre la opción ciudadana de controlar activamente o no hacerlo. El poder de tales funcionarios sobre esta opción compromete también la influencia activa y de reserva dado que la disposición a influir activamente cuenta como un factor relevante en la medida en que la opción de influir activamente esté garantizada de modo robusto. De ahí que el principio de profusión de control para limitar la dominación que introducen los mecanismos de control promueva no sólo que la opción de influir activamente no depende de la voluntad de los jueces, sino que su actividad sea lo más controlable y transparente que pueda ser. Para controlar el poder de interferencia de estos funcionarios sobre la influencia activa existen diversos mecanismos de rendición de cuenta.

Para hacer controlable la actividad judicial será necesario el libre acceso a las resoluciones judiciales, salvo cuando por causas debidamente justificadas, como la protección de la identidad de las víctimas, esté desaconsejado. También se espera que los jueces hagan constar en sus resoluciones el pedido de control de constitucionalidad hecho en la presentación del *habeas corpus*. Sobre este aspecto del control judicial de la discrecionalidad policial, el PPC asigna a los jueces la carga de justificar el no pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la actuación policial o la norma delegante de discrecionalidad, cuando es solicitado por los afectados. Finalmente, hacer más controlable el poder que administran los jueces en el ámbito de este mecanismo de control exige cambios

mínimos, como que las resoluciones den cuenta de la fecha de presentación del *habeas corpus*. Esto resulta importante a los fines de controlar el cumplimiento del plazo de resolución establecido en la Constitución Provincial, e identificar cualquier retardo de justicia injustificado¹²¹.

Como ya se vio en el Capítulo VI la provincia de Córdoba carece de una ley que establezca un procedimiento específico de *habeas corpus*. Aunque, la segunda parte de la ley nacional 23.098 prevé un procedimiento, este no resulta aplicable dado que las provincias conservan la competencia en materia procesal. A diferencia de Córdoba, como también se vio, otras provincias tienen sus propias leyes de procedimiento de *habeas corpus*, se adhirieron a la ley nacional o crearon un código de procedimientos constitucionales. Varios proyectos de regulación del procedimiento de *habeas corpus* se presentaron en la legislatura provincial, pero ninguno llegó a ser tratado en el recinto.

¿Por qué sería importante contar con ley que regule el procedimiento de *habeas corpus*? Una ley que de modo específico regule el procedimiento de *habeas corpus* puede garantizar el carácter igualitario del control popular, por ejemplo, estableciendo un criterio amplio de legitimación. Además, y es en relación con este aspecto que el procedimiento presta por sí mismo un servicio a la causa republicana, un procedimiento evitaría que el mecanismo de control popular quede condicionado por la voluntad en diferentes aspectos como los plazos, la valoración de las pruebas, las medidas adoptadas para investigar, etc. Finalmente, el procedimiento garantiza que todos quienes acceden al mecanismo de control con el objetivo de influir sobre la discrecionalidad policial tengan iguales probabilidades de que su punto de vista se vea reflejado en la dirección que aquella adopta y en sus límites.

¹²¹ Como vimos más arriba, el retardo puede justificarse en caso de que favorezca la influencia activa impulsada por los afectados.

Hasta aquí el procedimiento hace controlable el poder del juez sobre la opción de influir activamente. Adicionalmente, la regulación de un procedimiento sería un medio para receptar las exigencias del PPC. El procedimiento puede receptar, y de este modo positivizar, las exigencias del PPC en cada uno de los aspectos antes mencionados. No obstante, las leyes nunca son suficientes para garantizar que una práctica funcional se acerque de modo significativo al ideal. En este sentido, los protocolos de actuación, que rigen la actividad interna de los jueces y de otros funcionarios del poder judicial con capacidad de invadir las opciones de control popular, pueden afianzar la recepción del PPC. Este principio favorece determinados modos de organizar el trabajo del juzgado como oficina pública y requiere el desarrollo de determinadas capacidades actitudinales en los funcionarios que interactúan con los peticionantes. Ambas herramientas, la legal y la administrativa, favorecen el desarrollo de una ética judicial compatible con el PPC y con el ideal republicano de legitimidad como control popular. Esta ética de carácter consecuencialista requeriría el desarrollo de una disposición favorable al control popular de modo que se garantice de manera robusta la no invasión de la opción ciudadana de influir activamente sobre la discrecionalidad policial. Volveré con más detenimiento a las características de esta ética funcional y la relación entre su carácter consecuencialista y la exigencia de un determinado carácter al referirme a la ética policial.

1.2. Reconocimiento de la injusticia epistémica

Quienes pertenecen a grupos vulnerables o estigmatizados suelen ser víctimas de lo que Miranda Fricker ha denominado injusticia epistémica (Fricker, 2007). Este tipo de injusticia no refiere a la inequitativa distribución de bienes epistémicos como la información o la educación. La injusticia epistémica cuestiona la capacidad como concedores de

determinados sujetos distribuyendo la credibilidad y los recursos hermenéuticos que dan sentido a nuestras experiencias de modo desigual. Más específicamente, se trata de un tipo de injusticia que cuestiona la capacidad de algunos ciudadanos, por lo general pertenecientes a grupos dominados, de transmitir conocimiento y dar sentido a sus experiencias sociales.

Miranda Fricker considera que existen dos tipos nucleares de injusticia epistémica, la testimonial y la hermenéutica (2007:14). La primera tiene lugar cuando el oyente, en este caso los jueces, le dan un nivel bajo de credibilidad a la palabra del hablante, en este caso los jóvenes afectados por la discrecionalidad policial. Esta injusticia es producto de una desigual distribución de la credibilidad que, por lo general, se apoya en un prejuicio o estereotipo negativo. Mientras que la injusticia hermenéutica tiene lugar como consecuencia de la existencia de una brecha en los recursos interpretativos colectivos necesarios para que los afectados otorguen sentido a sus experiencias sociales, en este caso la dominación policial.

En el caso de los afectados por la discrecionalidad policial que recurren al habeas corpus se pueden ver indicios de los dos tipos de injusticias, aunque es más clara la influencia de la injusticia hermenéutica. La injusticia testimonial no surge directamente de los datos analizados, pero el hecho de que los jueces de control no corran vista a los fiscales para que investiguen los delitos enunciados en los habeas corpus da cuenta de un déficit de credibilidad del relato de los afectados. Sin embargo, otras explicaciones diferentes a la injusticia epistémica están disponibles para esta cuestión. Otra explicación disponible es la desidia o la negligencia.

Resulta más evidente la influencia de la injusticia hermenéutica. Aquí la injusticia hermenéutica puede vincularse a la presencia dominante en el discurso jurídico de la concepción liberal de libertad como no interferencia. Esta concepción de libertad limita los

recursos hermenéuticos disponibles en nuestra comunidad para dar sentido a la experiencia de sufrir dominación. Tal límite está dado por una interpretación según la cual solo la interferencia o amenaza de interferencia cuentan como males que comprometen la libertad. Esto explica por qué el relato de los afectados sobre la afectación a la libertad ambulatoria está asociados al desarrollo de planes vinculados a otros derechos o estados psicológicos o al trato institucional de sus opciones. La injusticia hermenéutica limita la capacidad de los afectados por la dominación policial a dar cuenta de la invasión de su dominio en todo aquello que no puede ser explicado a través de los conceptos de interferencia y amenaza de interferencia. De este modo, como afirma Miranda Fricker, el afectado no puede comprender propiamente su experiencia y no puede hacerla comunicativamente inteligible para los jueces. Esto es una consecuencia del hecho de que los grupos sujetos a dominación participan de manera desigual en las prácticas a través de las cuales se generan los significados sociales, dice la autora.

La injusticia hermenéutica aparece detrás del rechazo de los habeas corpus que se apoyan en la razón de que la libertad ambulatoria no está comprometida pues no hay interferencia o amenaza de interferencia. Esta también explica los rechazos por objeto extraño que ha sido la razón judicial invocada en algunos procesos colectivos impulsados por grupos afectados por este tipo de injusticia, a saber, jóvenes pobres, carreros y trabajadoras sexuales. La imposibilidad de desarrollar el propio plan de vida, acudir al trabajo, la escuela, etc., es una consecuencia de la sujeción al poder dominador de la policía sobre la opción de transitar por la vía pública. Sin embargo, el énfasis puesto en estas otras opciones en el relato de los afectados aparece como consecuencia de no disponer de herramientas hermenéuticas compartidas que permitan describir el fenómeno de la dominación sin interferencia sobre la opción de transitar.

Ahora, ¿cómo puede contribuir el PPC a limitar la influencia de la injusticia epistémica? Dado que la poca credibilidad o la falta de inteligibilidad del relato constituyen un límite para el ejercicio de la influencia activa sobre la discrecionalidad policial, lo que se requiere es limitar el protagonismo de este obstáculo. Para ello el PPC impone a los jueces, mediadores de tal influencia, la carga de justificar el rechazo de los habeas corpus. Como vimos esta carga es más amplia que la carga genérica de justificar las decisiones judiciales. En el cumplimiento de esta carga los jueces tienen que justificar por qué el relato de los afectados no es suficientemente creíble, cuando este sea el motivo del rechazo. Además, y acá el PPC puede hacer más para limitar la influencia de la injusticia epistémica, los jueces deben justificar porque el relato no puede ser reconstruido en clave de afectación a la libertad ambulatoria. De este modo no solo se limita la influencia de la injusticia hermenéutica, sino que se favorece el desarrollo judicial de las herramientas hermenéutica que los grupos dominados necesitan para acceder a la justicia.

2. Ética policial republicana

En este apartado me ocuparé de dilucidar cuál es la forma que debería adoptar una ética policial republicana compatible con la libertad como no-dominación de los ciudadanos. Para ello en el primer apartado haré referencia a tres variedades de ética judicial para luego hacer una analogía con la ética policial. También mostraré por qué el republicanismo pettitiano, aunque consecuencialista, demanda una ética policial del carácter. Para ello será necesario determinar porque la existencia de una determinada disposición es requerida para que la actuación judicial produzca un bien robusto como la libertad como no-dominación. En la segunda parte de este apartado me ocuparé de mostrar que el republicanismo demanda una

ética policial del carácter que llamaré *ética policial responsiva*. Esta se apoya en el ideal de legitimidad como control popular y el ideal republicano de ciudadanía contestataria.

2.1. Ética policial

La mayoría de los ordenamientos jurídicos reconocen prerrogativas policiales como, por ejemplo, las detenciones preventivas, es decir, detenciones para evitar que el hecho criminalizado se ejecute o siga ejecutándose. Estas prerrogativas son más o menos amplias en función de las características de los sistemas penales. Tales prerrogativas tienen límites institucionales reconocidos por el mismo ordenamiento jurídico. Estos límites pueden consistir en reglas que establecen qué acciones están permitidas y cuáles prohibidas o pueden consistir en objetivos que deben alcanzarse en la administración de un ámbito de discrecionalidad policial. En estos casos la policía actúa como juez determinando, por ejemplo, si procede o no la detención preventiva. Esta decisión es revisable, puede ser impugnada y conllevar la nulidad del procedimiento judicial. Pero lo mismo ocurre con las decisiones de los jueces. Por lo que resulta válida la pregunta sobre cómo deben actuar éticamente la policía con independencias de los estímulos y barreras institucionales.

La ética policial, al igual que la judicial, puede adoptar la forma de una ética del deber o una ética del carácter. La ética del deber puede ser deontologista o consecuencialista (Farrell 2003: 149). La ética policial deontologista como la consecuencialista establece un listado de acciones que son consideradas correctas. Para la ética deontologista, las acciones requeridas son consideradas correctas con independencia de si producen o no un buen resultado. Por el contrario, la ética consecuencialista hace depender el carácter correcto de la acción del carácter bueno del resultado que causa o que puede causar con un alto grado de

probabilidad. Por el contrario, la ética del carácter es una ética de la virtud que tiene por objeto el desarrollo de un carácter adecuado en el agente.

De acuerdo con Farrell la ética del carácter o la virtud no puede ser adoptada como ética judicial dado que no esperamos que las decisiones judiciales sean producto de la decisión de buenos jueces, esto no hace buenas a tales decisiones. Por el contrario, creemos que lo que requiere la ética judicial son buenas decisiones con independencia del carácter de los jueces. Descartada la ética del carácter como ética judicial Farrell considera que los jueces deben por regla actuar de modo deontologista decidiendo en el caso concreto conforme respetando los mandatos legales y con independencia de sus consecuencias. Sin embargo, Farrell reconoce que existes dos excepciones. La primera excepción refiere a aquellos casos en que actuar de modo deontologista conllevaría consecuencias gravísimas o catastróficas para el bienestar general. Mientras que la segunda excepción se habilita en los supuestos de conflictos entre mandatos deontológicos. En estos casos los jueces deben tomar el curso de acción que probablemente reporte las mejores consecuencias.

Llevado al ámbito de la ética policial esta propuesta descartaría como paradigma aquel que exige la presencia de determinados rasgos de carácter o disposiciones actitudinales. Como regla se requeriría que los agentes policiales se abstengan de realizar consideraciones normativas que excedan evaluar si la ley es aplicable al caso y hacer en caso de que así sea. De manera excepcional la ética policial requeriría dejar de lado la ley cuando las consecuencias de ajustarse a su mandato supongan un resultado catastrófico. En segundo lugar, la policía debería actuar de modo consecuencialista cuando dos normas deontológicas entran en conflicto. Pero incluso en estos dos casos los funcionarios están restringidos actuar favoreciendo aquel curso de acción que lleve al mejor resultado ponderado por la

probabilidad de que este acontezca como consecuencia de la acción (Pettit, 1995: 330 en Singer 1995). En los ámbitos de discrecionalidad policial la ética deontologista requiere que los agentes respeten los límites que la ley coloca a la discrecionalidad. Dentro de estos límites deben ajustar sus acciones al objetivo político criminal por el cual se creó el ámbito de discrecionalidad.

Aunque la analogía parece válida, existen razones para pensar que la ética policial republicana debe adoptar otra forma. El ideal republicano, como ideal consecuencialista, demanda que las instituciones adopten la forma necesaria para promover un bien robusto específico: la libertad como no-dominación. Para ello se requiere que tales instituciones, que constituyen barreras al poder de interferencia privada y estatal, no estén condicionadas por la voluntad de los funcionarios. Sólo si el control del poder estatal está garantizado tanto en mundos donde los funcionarios no tienen disposición a interferir como en uno donde si tienen tal disposición, en un mundo donde los funcionarios se resisten y obstaculizan el control popular como en un mundo donde cooperan con el control, se puede concluir que tales instituciones producen libertad como no-dominación.

¿Qué significa que la libertad como no dominación sea un bien robusto? La libertad como no-dominación como otros bienes tales como el amor, afirma Pettit (2015), son bienes robustos. Ya hice referencia a la robustez de la libertad como no-dominación cuando en el Capítulo I afirmé que para Pettit la libertad es más robustamente demandante de lo que Berlin sugiere. Su libertad real en una elección no solo requiere que pueda elegir lo que desee, independientemente de cómo desee elegir, sino que también debe poder elegir lo que desee, independientemente de cómo otros desean que usted elija. Más concretamente la libertad como no-dominación es un bien robusto porque requiere la presencia del bien menos

demandante de la no interferencia en el mundo real, pero también en un rango de mundos posibles (Pettit 2016:7).

De acuerdo con el consecuencialismo, la opción correcta para tomar cualquier decisión es la que promete los mejores resultados, es decir, la que promete maximizar el bien. Sin embargo, para este nuevo enfoque las disposiciones actitudinales aparecen vinculadas al consecuencialismo. De acuerdo con Pettit:

Attachment is relevant to doing good (...) insofar as it is only by my being attached to you as a lover or friend- only by my exercising a lover's or friend's disposition- that I do the good that consists in giving you love or friendship. Virtue is relevant insofar as it is only by being honest or just or trustworthy with you- only by exercising those dispositions- that I give you the goods that go by the same names: my honesty or justice or Trustworthiness. And law is relevant insofar as it is only by grace of our collectively setting up an appropriate law that we can individually give you the good of freedom in at least the republican sense. Under plausible assumptions, it is only if we are each bound by a protective law that you can choose as you wish within the space created by that law, regardless not only of what you wish to do but regardless also of what any one of us may wish that you should do (Pettit 2016: 14).¹²²

¹²² El compromiso es relevante para hacer el bien en la medida en que solo si estoy comprometido como enamorado o amigo -simplemente ejerciendo la disposición de un amante o de un amigo- produzco el bien que consiste en darte amor o amistad. La virtud es relevante en la medida en que solo siendo honesto o justo o confiable contigo -sólo al ejercitar esas disposiciones- te doy los bienes que reciben el mismo nombre: mi honestidad, justicia o confiabilidad. Y la ley es relevante en la medida en que solo por la gracia de nuestra creación colectiva de una ley apropiada podemos individualmente otorgarle el bien de la libertad en el sentido republicano. Solo si estamos obligados por el amparo de ley puede elegir lo que desee dentro del espacio creado por esa ley, independientemente de lo que desee hacer, pero también de lo que cualquiera de nosotros pueda desear que haga. Traducción propia.

De este modo, el hecho de que la libertad como no-dominación cuente como un bien robusto determina que su producción depende de determinada disposición a promover bienes menos robustos como la no interferencia. Este enfoque novedoso vincula las disposiciones actitudinales con el consecuencialismo. De este modo la producción de bienes robustos no depende de la ejecución de determinadas acciones sino de la presencia de una determinada disposición a hacer X en un conjunto de mundos posibles. No obstante, la libertad como no-dominación exige que el poder de interferencia policial este esté sometido a control popular. En consecuencia, y como condición de la legitimidad, aparece una nueva opción, la opción de influir sobre la discrecionalidad policial. Esta es una opción diferente de la que puede resultar comprometida por la discrecionalidad policial, a saber, la opción de transitar por el espacio público. En este marco, las instituciones jurídicas deben proveer el bien menos robusto de la influencia activa sobre la discrecionalidad policial no sólo en el mundo real, sino en un conjunto de mundos posibles. Sólo garantizando esto las instituciones jurídicas pueden producir el bien robusto de la libertad como no-dominación.

Como vimos el PPC se apoya en el carácter robusto de la libertad como no-dominación reforzando la disposición de los jueces a encausar la influencia activa de los ciudadanos sobre el poder que administran los sistemas penales y, más específicamente, el poder discrecional que administra la policía. No obstante, la eficacia del control popular de la discrecionalidad policial depende, en parte, del modo en que la policía desarrolla su trabajo en el ámbito de discrecionalidad controlado. Más concretamente depende de qué tan controlable sea el accionar policial. La posibilidad de controlar el accionar policial depende de pautas legales y administrativas que regulan el trabajo de estos funcionarios.

De acuerdo con el enfoque de la robustez el compromiso, la virtud y la ley deben ser adoptados por el consecuencialismo como productores de bienes robustos como la libertad como no-dominación (Pettit 2016: 14). Lo novedoso del consecuencialismo pettitiano es que la robustez determina que la ley y la virtud tenga un valor ontológico en relación con la producción de bienes como la libertad como no-dominación. En este sentido se presenta como una alternativa al enfoque práctico y epistémico de la ley y la virtud. De acuerdo con el enfoque práctico la ley y la virtud a través de la presencia de determinadas disposiciones o amenazas nos impulsan con mayor frecuencia a producir los bienes menos robustos, como la influencia activa. De acuerdo con enfoque epistémico, la ley y la virtud agudizan nuestros juicios de modo que podemos identificar con mayor probabilidad las oportunidades en que debemos producir los bienes menos robustos. Por el contrario, el enfoque de Pettit supone que la ley y la virtud no sólo tienen una relevancia práctica y epistémica en la producción consecuencialista de bienes, sino que tienen relevancia ontológica. Así la ley y la virtud producen bienes robustos, estos bienes robustos son diferentes de los bienes no robustos generados gracias a la función práctica y epistémica de aquellas. La ley y la virtud son causalmente importantes para la producción de bienes no robustos como la influencia activa (Pettit 2016: 14-16). Sin embargo, son constitutivos antes que causantes de bienes robustos como la libertad como no-dominación.

En nuestro caso, mientras que la ley garantiza el control popular del poder policial de interferencia, la ética policial debería adoptar la forma de una ética del carácter que complementa a aquella. El tipo de rasgo actitudinal o de carácter requerido consiste en una disposición a actuar de modo controlable y responsivo. Más concretamente, defenderé la idea de que la ética policial republicana exige una disposición a actuar de un modo que no

obstaculice la influencia popular que es compatible como el ideal republicano de ciudadanía contestataria.

De este modo el poder de interferencia discrecional que administra la policía está bajo control popular en un conjunto de mundos posibles gracias al factor de la ley y de una ética policial responsiva. En consecuencia, la ética policial responsiva garantiza la profusión del control popular de los ámbitos de discrecionalidad policial produciendo el bien robusto de la libertad como no-dominación. En el próximo apartado me ocuparé de analizar las implicancias concretas de una ética policial responsiva.

2.2. Ciudadanía contestataria y ética policial responsiva

La ética policial responsiva que propongo aquí se apoya en dos objetivos. En primer lugar, promueve que la actividad policial sea controlable. De este modo se evita que el modo de trabajo policial se vuelva un obstáculo para el control popular indirecto, como sería el caso del control judicial, pero también para el control popular directo, por ejemplo, en los casos de participación ciudadana en los operativos policiales. En segundo lugar, la ética policial responsiva posee la ventaja de ser compatible y promover el ideal republicano de ciudadanía contestataria. Así, en el caso de la participación ciudadana en el control de operativos policiales, la ética policial responsiva demanda que los funcionarios estén dispuestos a tolerar el control ciudadano durante los operativos, pero además muestren una disposición a ser objeto de queja o pedido de rendición de cuenta de la ciudadanía durante los operativos. Comprensiblemente, esta disposición o características actitudinales no son

sólo exigibles a los funcionarios, sino que el Estado debe proveer el entrenamiento necesario para hacer frente a tal exigencia.

La ética policial responsiva posee la ventaja de favorecer el control popular del poder que administran la policía. Adicionalmente posee la ventaja de ser compatible y promover el ideal de ciudadanía contestataria. La importancia del ideal republicano de ciudadanía contestataria para evaluar el comportamiento de estos funcionarios ya ha sido señalada entre otros por Eric Miller en un artículo titulado “*Police Encounters with Race and Gender*” (2015). Como vimos este ideal republicano de ciudadanía forma parte de la teoría republicana de Philip Pettit (2013). Conforme a esta concepción de la ciudadanía “the public has an important role in directly checking the actions of public officials” (Pettit 2015: 169-171).¹²³ De acuerdo con esto, cuando los funcionarios del gobierno intentan ejecutar sus decisiones, las personas pueden exigir que estos funcionarios produzcan motivos aceptables para actuar y pueden hacerlo mientras la policía está actuando y no sólo *post facto* en sede judicial.

La ética policial republicana acepta que el ciudadano interferido en la vía pública rechace la interferencia policial y desafíe al funcionario para que proporcione razones que justifique los actos de seguimiento, paradas o interrogatorios. Lo mismo deben tolerar y responder en relación con ciudadanos observadores del procedimiento. La particularidad de estos actos es que al ser ejecutados por la ciudadanía pueden tornarse ingobernables. Miller afirma que:

The public, who may not be particularly adept at challenging authority or
may act under the stress of police investigation, may well articulate their

¹²³ el público tiene un papel importante en el control directo de las acciones de los funcionarios públicos.

challenges in a more-or-less clumsy or aggressive manner. Nonetheless, the police are duty-bound to tolerate the public's dissent, even if boisterous (Miller 2015: 737).¹²⁴

En definitiva, el ideal constestatorio de ciudadanía exige una ética policial compatible con la participación ciudadana en la toma de decisión y en la ejecución de la decisión policial. Sin embargo, es suficiente con que los ciudadanos tengan una voz en el proceso de toma de decisión y ejecución del accionar policial. Tener voz en este marco demanda que la participación ciudadana sea relevante provocando una respuesta adecuada del otro lado. Tal respuesta debe adoptar la forma discursiva de la rendición de cuentas. Sin embargo, la ética policial republicana no se compromete con que el desenlace del accionar policial o sus características pasen a ser determinados por las preferencias de la ciudadanía.

Qué rasgos de carácter o competencias específicas deben desarrollar los funcionarios y cómo lograr esto excede el propósito de este trabajo. Pero se pueden señalar dos cuestiones que darán una imagen de lo que exigiría una ética policial responsiva. En primer lugar, enunciar algunos patrones de actuación policial que van a contrapelo de la ética policial republicana propuesta aquí.

Así por ejemplo en Argentina resulta habitual que ciudadanos que filman a la policía durante un operativo o preguntan sobre las razones del procedimiento sean detenidos por entorpecer el procedimiento policial. Lo mismo ocurre con cierta frecuencia si ante la interpelación policial, por ejemplo, en una interrogación en la vía pública, los ciudadanos preguntan por las razones. En algunos casos esto es interpretado por la policía como un acto

¹²⁴ El público, que puede no ser particularmente hábil en desafiar la autoridad o puede actuar bajo el estrés de la investigación policial, puede articular sus desafíos de una manera más o menos torpe o agresiva. No obstante, la policía está obligada a tolerar la disidencia del público, incluso si es bulliciosa. Traducción propia.

de resistencia y es considerado una razón suficiente para detenerlos por resistencia a la autoridad o aplicar métodos más agresivos. Otras prácticas policiales dificultan el control popular, por ejemplo, la policía de la provincia de Córdoba obstaculiza el acceso a la información pública de ciudadanos y organizaciones negándose a responder sus pedidos de informes. La informalidad con que la policía lleva sus asuntos también es un factor que hace incontrolable el trabajo policial.

3. Una teoría republicana de los sistemas penales revisada

Hasta acá me he ocupado de mostrar algunas implicancias de adoptar el PPC como parte de la teoría republicana para los sistemas penales. Como vimos en el Capítulo III la evolución en la concepción pettitiana de libertad como no-dominación demanda una revisión de la teoría republicana para los sistemas penales. En primer lugar, requiere una reformulación del ideal regulativo y su especificación para el ámbito de la justicia social penal y la legitimidad de los sistemas penales. La adopción del ideal de legitimidad como control popular para los sistemas penales nos llevó al problema de la dominación que introducen los mecanismos de control y sus administradores. Este problema da lugar al PPC como restructurador de la coherencia del ideal de legitimidad. Así, el PPC pasa a acompañar y complementar al principio de parsimonia que también fue redefinido en el Capítulo III a la luz de la nueva concepción de libertad como no-dominación.

Ahora que la teoría republicana para los sistemas penales se ordena en función de la distinción entre los ámbitos de justicia penal y legitimidad de los sistemas penales, su revisión exige incorporar las relaciones entre los principios. Hacer esto requiere, en primera instancia, incorporar un principio de prioridad de la legitimidad de los sistemas penales sobre

la justicia social penal, es decir, sobre la garantía penal de la igual distribución de libertades básica frente a la interferencia que puede ser calificada como delito. Como vimos la razón de esta prioridad se apoya en la premisa que sostiene que la falta de legitimidad siempre compromete la robustez con que los sistemas penales nos protegen de los delitos, de modo que necesariamente compromete la justicia social. Así, “without political legitimacy the robustness that social justice requires cannot be realized in full measure” (Pettit 2015b: 85)¹²⁵. Lo mismo no ocurre en la dirección contraria. La injusticia social penal no compromete la legitimidad del sistema penal.

Es por esto, que como muestra el gráfico 1 la teoría republicana para los sistemas penales debe incorporar un principio de prioridad de la legitimidad y, en consecuencia, de prioridad de los principios de parsimonia y de profusión del control sobre los principios de reprobación y reintegración. La prioridad de los primeros sobre los segundos apareja consecuencias para el modo de evaluar y diseñar los sistemas penales que todavía faltan desentrañar. Identificar estas consecuencias excede el objetivo y plan de este trabajo.

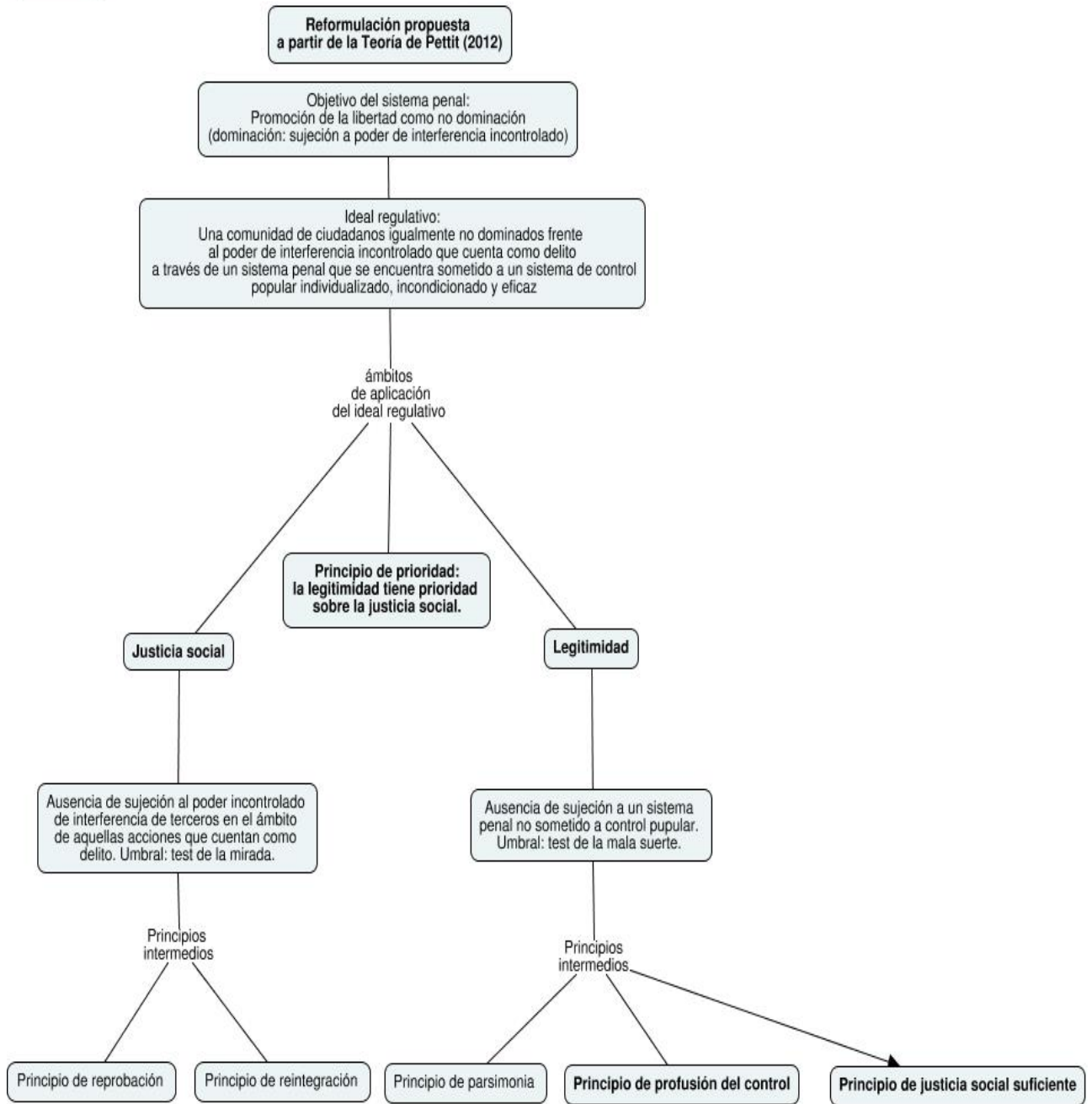
La prioridad de la legitimidad sobre la justicia social dio lugar a una crítica que sostiene que existe un sentido en el cual la justicia social es prioritaria a la legitimidad. De acuerdo con este argumento, si el Estado no garantiza un mínimo de justicia social los ciudadanos no se encuentran en condiciones de controlar. Frente a esta crítica Pettit (2012, 2015b) acepta que un mínimo de justicia social es una condición empírica necesaria para la legitimidad (Pettit 2015b: 94). Aunque Pettit sostiene que se trata de una condición empírica, lo cierto es que la legitimidad depende de que el Estado garantice un nivel suficiente de justicia social proveyendo las opciones que la componen. Cuando tal condición no se verifica

¹²⁵ Sin legitimidad política, la robustez que exige la justicia social no se puede materializar en plena medida. Traducción propia.

no sólo se obstaculiza el acceso a la influencia activa, sino que se debilita el factor disposicional que introducen la influencia virtual y de reserva se debilita o desaparece. Esto se concluye desde que no se puede sostener que quienes están bajo este estándar de justicia social ejercen una disposición relevante sobre el poder controlado. En consecuencia, la teoría republicana para los sistemas penales debe incorporar un principio intermedio de *justicia social suficiente* que coopere con el ideal de legitimidad de los sistemas penales. Allí donde la obligación que impone este principio no haya sido cumplida por el Estado los sistemas penales no pueden actuar de modo legítimo. Las implicancias concretas de este principio no serán desarrolladas aquí, pero complementan la estructura de la teoría republicana para los sistemas penales. En consecuencia, y de acuerdo con lo propuesto hasta acá, la estructura de la teoría republicana para los sistemas penales revisada tomaría forma que se visualiza en el Grafico 1.

Los principios intermedios que establecen obligaciones que permiten que nos acerquemos al ideal se complementan con dos elementos. Por un lado, un ideal de ciudadanía contestataria que le otorga a la ciudadanía un rol relevante en el control directo de las acciones de los funcionarios. Por otro lado, una ética policial responsiva, que como vimos en el apartado anterior, se apoya en ideal de ciudadanía contestataria. La ética responsiva de los funcionarios públicos no se limita a la policía, sino que debería extenderse a los jueces y demás funcionarios.

Gráfico 1.



CONCLUSIONES

Este trabajo intentó mostrar las implicancias del ideal republicano de legitimidad como control popular para los sistemas penales y, de manera específica, evidenciar el problema de la dominación adicional que introducen los mecanismos de control, dominación que ejercen los funcionarios que los administran. Para esto tomé el caso de los ámbitos de discrecionalidad policial en materia contravencional y el control judicial de los patrones de actuación policial a través del *habeas corpus*.

De acuerdo con la hipótesis defendida en este trabajo, la implementación de un mecanismo de control popular sobre la discrecionalidad policial, como el *habeas corpus*, puede traducirse en un aumento del nivel de dominación. Esto ocurre si a la dominación policial se suma la dominación de los jueces. La dominación judicial tiene lugar cuando tenemos buenas razones para pensar que un mal resultado del recurso de *habeas corpus* es consecuencia de un sesgo, en contra de los ciudadanos que cuestionan el modo en que la policía administra la discrecionalidad contravencional, antes que una consecuencia de la mala suerte. El caso de la dominación introducida por los mecanismos de control cuestiona la plausibilidad del ideal republicano. El caso nos lleva a la conclusión contraintuitiva de que un sistema penal sin mecanismos de control judicial sobre la discrecionalidad policial produce menos dominación que uno con mecanismos de control no robustos o condicionados por la voluntad judicial.

Cuando la aplicación de una teoría a un caso conlleva consecuencias contraintuitivas como la anterior, es decir, que comprometen la plausibilidad ideal que promueve, en principio nos deja dos alternativas. Se puede abandonar el ideal, en este caso, el ideal de legitimidad como control popular, o se acepta el costo de la dominación adicional originada en el mecanismo de control como el judicial. Pero una tercera alternativa es posible. Esta demanda un reajuste en la teoría de la legitimidad preservando

la plausibilidad y coherencia del ideal propuesto por la teoría republicana. Esta es la alternativa que se defendió en este trabajo.

Durante el desarrollo del trabajo se fueron defendiendo conclusiones parciales que nos permitieron arribar a la conclusión general presentada en el Capítulo VII. En el Capítulo I se concluyó que existen buenas razones para adoptar la *teoría política republicana* y el ideal regulativo que ofrece para evaluar y diseñar nuestras instituciones jurídicas y prácticas institucionales. Esta conclusión aparece como consecuencia de que el ideal republicano gira en torno a una concepción de libertad como no-dominación. Así, la concepción republicana de libertad tiene credenciales históricas, normativas y conceptuales para pararse frente a sus grandes rivales, la libertad liberal y la libertad comunista.

En el Capítulo II que el ideal republicano de *legitimidad como control popular* puede dar cuenta de mejor modo de las condiciones bajo las cuales la coacción estatal es compatible con la libertad como no-dominación. Hasta la publicación de *On the people's terms* (Pettit, 2012) la mayoría de los autores consideraban que la dominación estatal debía ser interpretada como sujeción a un poder de interferencia arbitraria. En consecuencia, el debate giraba en torno a qué cuenta como interferencia arbitraria y que arreglos institucionales, ubicados en el ámbito de la teoría de la democracia republicana, son necesarios para evitarla. Dado lo anterior, la concepción de legitimidad que se adoptó para el ámbito de los sistemas penales se paraba en esta concepción de dominación estatal. Sin embargo, desde la publicación de aquella obra, la evolución de la concepción de libertad como no-dominación pettitiana determinó que la legitimidad se independizara del lenguaje de la arbitrariedad para pasar a apoyarse en la idea de poder incontrolado.

Dada la conclusión anterior, en el Capítulo III se concluyó que la teoría republicana para los sistemas penales debía ser revisada a la luz del ideal republicano de

legitimidad como control popular. En la teoría desarrollada por Braithwaite y Pettit en 1990, la legitimidad no ocupó un lugar central. Adicionalmente, la teoría se basaba en una concepción de dominación como sujeción a un *poder de interferencia arbitrario*, concepción que luego fue rechazada por Pettit y sustituida por la concepción como *poder de interferencia incontrolado*. De ahí la necesidad de actualizar la estructura de la teoría a la luz de la nueva concepción de libertad como no-dominación de acuerdo con la cual uno está dominado por el sistema penal, si el poder de interferencia que administra no se encuentra sometido a control popular.

La discrecionalidad policial como objeto de estudio de este trabajo constituyen un avance en dos aspectos. En el ámbito del derecho y la filosofía política el estudio del poder policial es marginal. Por lo general, el poder policial aparece como objeto de estudio de la sociología y la ciencia política. Mientras que el derecho, especialmente, y la filosofía política anglosajona son renuentes a adoptarlo como objeto o dispositivo para el estudio de las libertades básicas y los límites del poder estatal. Por otro lado, la relación del poder policial con el control judicial como objeto de estudio tiene la importancia teórica y práctica de evidenciar el rol del poder judicial en la falta de control judicial sobre la institución policial y en los límites a la influencia popular. Con el objetivo de superar tales silencios teóricos y políticos este trabajo se ocupado de analizar en detalles las consecuencias que para la libertad como no -dominación conlleva la existencia de un ámbito de discrecionalidad policial incontrolado. En el Capítulo IV se describieron las características de los *ámbitos de discrecionalidad policial* desde el punto de vista conceptual, político criminal y desde el punto de vista de su compatibilidad con la libertad republicana.

En el Capítulo V se analizaron las condiciones de la legitimidad republicana de los ámbitos de discrecionalidad apelando al caso de las detenciones por *merodeo*. Para ello analizaron las implicancias que el poder policial discrecional en materia contravencional conlleva en el desarrollo de patrones de actuación policial que no pasan el umbral de legitimidad. Como vimos el umbral de legitimidad está determinado en la teoría republicana por el test de la mala suerte. De acuerdo con este test el umbral de legitimidad se ha alcanzado cuando los afectados por la discrecionalidad policial tienen razones para imputar tal afectación o a la mala suerte o algo de lo que sólo ellos se pueden culpar. Se concluyó que las detenciones no pueden ser explicadas ni como producto de la mala suerte, dado que quienes portan un estereotipo tienen más probabilidades que el resto de resultar afectados, ni como producto de la voluntad de los afectados, dado que no contribuyeron a la construcción del estereotipo. En esta parte del trabajo quedó en evidencia que la opción de transitar por la vía pública de los afectados está comprometida. Pero también de quienes no forman parte del estereotipo pues no están protegidos de manera robustas frente al poder policial. Basta que la policía decida adoptar otros estereotipos para que usted pase a estar en la misma situación que los jóvenes pobres de la provincia de Córdoba.

En este Capítulo también se concluyó que existe una *asimetría entre la legitimidad y la ilegitimidad*. Esta conclusión se compone de dos partes. En primer lugar, se concluyó que un Estado o sistema legítimo no puede ser más legítimo si se ha alcanzado el umbral que determina el test de la mala suerte. Esta primera conclusión se apoya en la correlatividad entre la legitimidad y las obligaciones políticas de los ciudadanos. En consecuencia, dado que nuestras obligaciones políticas no pueden ser ilimitadas, parece razonable aceptar que la legitimidad deba tener un límite y que, por lo tanto, un orden institucional perfectamente legítimo no pueda ser más legítimo. Esto no ocurre en el caso

de la ilegitimidad. Aunque el Estado o un sistema alcance el umbral de ilegitimidad absoluta en el que se extinguen las obligaciones políticas, siempre pueden agregarse dominación. Esto ocurre cada vez que el Estado crea una nueva opción dominada. Esta conclusión ocupa un lugar central en el argumento porque evidencia la relevancia normativa del problema de la dominación introducida por los mecanismos de control.

En el Capítulo VI se concluyó, a través del análisis del funcionamiento del *habeas corpus* en la práctica judicial, que no contribuye a alcanzar el umbral de legitimidad dado que adopta las características de un *mecanismo ilusorio*. Hasta acá el análisis de la discrecionalidad policial contravencional y del control judicial de esta da cuenta de que la realidad no se ajusta a lo que exige el ideal de legitimidad republicano. De acá en adelante el trabajo muestra que, además, aquí se pone en evidencia un problema que cuestiona la aceptabilidad de la teoría republicana para los sistemas penales por falta de coherencia. El problema señalado refiere a que los mecanismos de control introducen una nueva opción, a saber, influir activamente. El problema es que esta nueva opción puede estar dominada y, en ese sentido, el mecanismo de control puede introducir *dominación adicional*. La dominación de la opción consistente en influir activamente también compromete las opciones que van con la influencia virtual y de reserva. En consecuencia, como muestra el caso, el mecanismo de control ilusorio no sólo mantiene la dominación policial, sino que introduce dominación adicional, la dominación judicial.

El Capítulo VII contiene la conclusión central del trabajo. Aquí se concluyó la necesidad de incorporación del principio de profusión de control a la teoría republicana para los sistemas penales. Esta conclusión, se justifica en que este principio evita que los mecanismos de control popular, en este caso de corte judicial, se conviertan en fuente de dominación adicional y que los sistemas penales ilegítimos lleguen a ser más ilegítimos.

Este establece la obligación de justificar la ausencia de influencia activa sobre el proceso de toma de decisión que tiene lugar en el ámbito de poder controlado. De modo más específico, introduce la carga, sobre los legisladores que regulan los mecanismos de control y sobre los funcionarios que los administran, de justificar las restricciones a la influencia popular activa al mismo tiempo que elimina la carga de justificar medidas que favorezcan la influencia activa. La introducción del principio de profusión del control restablece la *coherencia* no sólo en los dos niveles de creencias mencionados- teoría republicana e intuición sobre el caso- , también se garantiza la coherencia con un tercer nivel de creencias, a saber, las teorías de fondo en las que se apoya la teoría republicana. De esto da cuenta que el principio de profusión del control está también en equilibrio con la teoría consecuencialista de lo correcto y la robustez de bienes como la libertad como no-dominación. En términos generales, el trabajo aquí desarrollado argumentó a favor de la compatibilidad de la discrecionalidad policial con la libertad republicana garantizando la influencia popular de manera robusta y evitando que quienes administran los mecanismos de control se conviertan en agentes dominadores. En definitiva, es posible concluir que el control judicial de la discrecionalidad policial es compatible con el objetivo de promover la libertad como no-dominación asignado por la teoría republicana a los sistemas penales.

El principio de profusión del control no sólo da cuenta de la coherencia entre estos tres niveles de creencias al interior de la teoría republicana para los sistemas penales, sino que las razones que lo justifican son *independientes* del caso. Esto quiere decir que la razón para adoptar el principio no es que resuelve de manera intuitiva el caso del control judicial de los ámbitos de discrecionalidad policial. Por el contrario, es una razón aplicable a otro tipo de problemas internos de la teoría. Como vimos el Estado puede promover la libertad como no dominación de dos maneras no excluyentes: eliminar la dominación que

compromete opciones con las que ya cuentan los ciudadanos o crear nuevas opciones. Cuando para promover el objetivo republicano el Estado crea nuevas opciones debe procurar que se trate de opciones no dominadas. Esto no solo ocurre con la opción de influir activamente sobre el poder estatal, sino con otras opciones vinculadas a la justicia social. Así, cuando el Estado provee una nueva opción a los ciudadanos, por ejemplo, el acceso a una renta mínima universal, con el objetivo de que los ciudadanos pobres no estén en una situación de vulnerabilidad que los hace blanco de otras relaciones de dominación, debe procurar no condicionar el acceso a la opción a su voluntad. De lo contrario no sólo no habrá eliminado la dominación que quería eliminar, sino que además habrá agregado dominación nueva.

Finalmente, en el Capítulo VIII me ocupé de *aplicar* el principio al ámbito del control judicial de la discrecionalidad policial a través del habeas corpus. Allí se especificaron algunas consecuencias de la adopción del principio para la regulación del habeas corpus, pero también algunas obligaciones para los funcionarios que lo administran, principalmente los jueces. También me referí a las ventajas del principio de profusión para limitar la injusticia epistémica que sufren los afectados por la discrecionalidad policial en el caso analizado. La injusticia epistémica, tanto testimonial como hermenéutica, funciona como un obstáculo para la influencia activa de los afectados sobre el poder policial que compromete sus opciones. A partir de este ejercicio de aplicación del principio de profusión del control puede concluir que las exigencias que hace son *alcanzables* desde nuestra posición actual.

Asimismo, se concluyó que una *ética policial responsiva* que se apoye en el ideal republicano de *ciudadanía contestataria* coopera con el principio de profusión de control haciendo más controlables el trabajo policial. Esta también favorece formas de control

popular directas de modo que la influencia popular no canalizarse exclusivamente a través de los jueces o, en última instancia, de los legisladores. Adicionalmente, se presentó la estructura de la teoría republicana para los sistemas penales actualizada. En esta no sólo se incorpora el principio de profusión del control, sino un *principio de prioridad* de la legitimidad de los sistemas penales sobre la justicia social penal. Las relaciones que este principio establece entre legitimidad y justicia social mostraron la necesidad de un principio intermedio adicional que coopera con el ideal de legitimidad de los sistemas penales y denominé *principio de justicia social suficiente*. Las relaciones que establece el principio de prioridad, y sus consecuencias para el modo de diseñar y evaluar los sistemas penales, todavía deben ser desentrañadas.

ANEXO METODOLÓGICO

1. Análisis conceptual

En cuanto a la dimensión conceptual adopté el análisis conceptual como método para el desarrollo del plan propuesto en la introducción. Este método apela a la reconstrucción racional de las nociones clave del trabajo (control, legitimidad, etc) (Alchurrón y Buligyn 1975) y sus relaciones lógicas (Hospers, 1997). La tarea desarrollada en la utilización de este método consiste en la identificación de las condiciones de aplicabilidad de las nociones centrales de la teoría republicana (Nino 1989, 11). De acuerdo con Nino el análisis conceptual es una tarea previa e independiente de la valoración de los fenómenos comprendidos por los conceptos analizados (Íbidem). Tal prioridad se sigue de la necesidad de determinar aquello cuyo valor está bajo análisis.

Adicionalmente, en el transcurso del trabajo recurrí a la distinción entre conceptos y concepciones (Dworkin, 2011). De acuerdo con esta distinción mientras el concepto refiere al significado general de un término, la concepción apunta a un aspecto práctico y normativo de aquel. De acuerdo con Nino, no tiene sentido la elucidación conceptual que se lleva a cabo con independencia de la elaboración de una teoría, en este ámbito es normativa, que recepte el concepto en cuestión (Nino 1989, 13). Esto permite identificar las propiedades relevantes del concepto.

Las características de la relación entre ambos elementos, concepto y concepción, puede verse en el caso de la libertad. Se trata de un concepto central para el trabajo e informa la teoría de valor de fondo que ocupa uno de los extremos a ser equilibrados de acuerdo con el método

descrito en el apartado anterior. El concepto de libertad se relaciona con diferentes concepciones de libertad. La libertad como no-dominación, la libertad como no-interferencia, la libertad como no-frustración, la libertad como autocontrol, la libertad como autogobierno son diferentes concepciones vinculadas del concepto libertad. Es decir, diferentes modos de conceptualizar la libertad que ten función de tales diferencias imponen diferentes consecuencias prácticas y normativas.

La adopción de este método asume que las teorías varían en función de las diferentes concepciones asociadas a sus elementos, por ejemplo, las diferentes concepciones de libertad. Este método tiene como objetivo identificar los conceptos relevantes y reconstruir sus relaciones lógicas. El análisis conceptual busca especificar un conjunto de condiciones que son individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para la aplicación del concepto. El éxito del ejercicio propuesto por el análisis se encuentra en los supuestos que en que las intuiciones coinciden perfectamente con el análisis correcto (Margolis-Laurence, 2014).

El análisis conceptual es relevante para justificar la tarea de los filósofos consistente en generar experimentos mentales y provocar intuiciones. Se puede decir que las intuiciones son de valor para la filosofía precisamente porque nos ayudan a aclarar nuestros conceptos, especialmente los conceptos de interés filosófico intrínseco (Ídem). En este contexto cobra importancia el papel de los ejemplos. Los ejemplos, a los que en apartado anterior me referí como casos, pueden ser de diferente clase. Como vimos en la filosofía moral y política se apela a ejemplos literarios, ostensivos, hipotéticos e imaginarios. El caso del control de la discrecionalidad policial a través del habeas corpus en la provincia de Córdoba es un ejemplo ostensivo a partir del cual se pretende mostrar un problema cuya respuesta a partir del ajuste de la teoría de fondo tiene implicancias normativas para situaciones que exceden el ejemplo.

2. Equilibrio reflexivo

El aspecto normativo de la metodología empleada adopta como método el equilibrio reflexivo. Este es el método predominante en la filosofía política analítica y es el que utilizan la mayor parte de los autores analizados en el trabajo. Este fue propuesto por Nelson Goodman en su obra *Fact, Fiction and Forecast* (Goodman, 1955). El método se basa en el hecho de que justificamos las reglas de inferencia, tanto en la lógica inductiva como en la deductiva, al equilibrarla con inferencias aceptables a casos o instancias particulares. Así, ninguna regla de inferencia es aceptable como principio lógico si es incompatible con casos aceptables de razonamiento inferencial (Daniels, 2018). De ahí que la aceptabilidad de las reglas de inferencia dependa de la evidencia provista por los casos o instancias de razonamiento inferencial.

El equilibrio reflexivo puede conceptualizarse como el punto final de un proceso en el que se reflejan y revisan nuestras creencias relativas a algún campo de estudio. Es un equilibrio, porque al final coinciden nuestros principios e intuiciones; es reflexivo, dado que conocemos tanto qué principios se ajustan a nuestras intuiciones como las premisas de su derivación (Rawls, 1971:20). En el mismo sentido Daniels (2018) afirma que:

The method of reflective equilibrium consists in working back and forth among our considered judgments (some say our “intuitions,” though Rawls (1971), the name of the method, avoided the term “intuitions ”in this context) about particular instances or cases, the principles or rules that we believe govern them, and the theoretical considerations that we believe bear on accepting these considered judgments, principles, or rules, revising any of these elements wherever necessary in order to achieve an acceptable coherence among them.¹²⁶

¹²⁶ El método de equilibrio reflexivo consiste en trabajar hacia adelante y hacia atrás entre nuestros juicios considerados (algunos dicen que nuestras "intuiciones", aunque Rawls (1971), el autor del método, evitó el término "intuiciones" en este contexto) sobre instancias particulares o casos, los principios o reglas que creemos los gobiernan, y las consideraciones teóricas que creemos que tienen que ver con la aceptación de estos juicios, principios o reglas, revisando cualquiera de estos elementos cuando sea necesario para lograr una coherencia aceptable entre ellos. Traducción propia.

El equilibrio reflexivo amplio busca ordenar coherentemente tres conjuntos de creencias: 1) un conjunto de juicios morales considerados -o intuiciones-, 2) un conjunto de principios morales y 3) un conjunto de teorías de fondo relevantes. En este trabajo los juicios morales considerados abarcan nuestras intuiciones sobre la incompatibilidad entre la libertad y el control judicial de la discrecionalidad policial. En la filosofía moral y política el lugar de las reglas de inferencias lo ocupan las teorías de fondo o principios sobre lo bueno o sobre lo correcto de acuerdo con un valor o conjunto de valores (monismo y pluralismo). Las inferencias aceptables en casos o instancias particulares, ubicadas en el otro extremo a equilibrar, están representadas por las consecuencias de la aplicación de la teoría o principio en cuestión a ejemplos literarios, ostensivos, hipotéticos e imaginarios. Tales inferencias cuestionan la coherencia de las teorías o principios (de justicia, legitimidad, etc) que se ubican en el otro extremo cuando resultan inaceptables desde el punto de vista de lo que se considera bueno o correcto a la luz de la teoría del valor adoptada (libertad, igualdad, etc).

Llevado el esquema anterior a este trabajo, el principio moral relevante es el principio de legitimidad como control popular al que me referiré en el resto del trabajo como ideal de legitimidad. Las teorías de fondo relevantes son varias, pero en el trabajo se considerarán relevante el consecuencialismo y la robustez de bienes como la libertad como no-dominación. Adicionalmente, el principio de profusión propuesto para equilibrar los tres niveles de creencias arriba enumerados debe apoyarse en una razón que sea independiente al caso de la compatibilidad de la libertad con la discrecionalidad policial.

En las investigaciones que adoptan esta metodología el criterio de éxito está determinado por el equilibrio reflexivo que es alcanzado cuando las creencias involucradas alcanzan un grado de coherencia aceptable. En consecuencia, el éxito está determinado por el

valor de las creencias que fundamentan las teorías o principios que se ponen en juego, en el caso de este trabajo la teoría política republicana y, más específicamente su teoría de la legitimidad, y las creencias sobre lo que requiere el valor de la libertad como no dominación en el caso analizado. El valor de la libertad como no dominación aparece en un extremo como fundamento del ideal regulativo propuesto por la teoría republicana para el ámbito de la legitimidad política.

El criterio de éxito del equilibrio reflexivo es útil también para identificar qué cuenta como un genuino problema para la filosofía política inscrita en esta tradición. Así, un problema genuino será aquel que se presenta cuando la aplicación de una teoría, un ideal regulativo o principio a un caso concreto compromete los valores o principios en que se apoyan aquellos. En otros términos, la aplicación del ideal regulativo al caso conlleva un resultado contraintuitivo en los términos de este ideal. De modo que la creencia que justifica el ideal regulativo, en este trabajo la creencia de que las instituciones estatales deben estar sometidas a control popular para que sean compatibles con la libertad como no-dominación de los ciudadanos, entra en contradicción con la creencia de que en el caso el control popular en lugar de promover la libertad como no-dominación introduce dominación.

El trabajo está organizado en función de los elementos y etapas de desarrollo del método del equilibrio reflexivo. En los Capítulos I y II se presenta el ideal regulativo que defiende la teoría republicana para el ámbito de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. Este ideal se apoya en el valor de la libertad como no dominación. En el Capítulo III se refina la teoría republicana para el ámbito de los sistemas penales. Estos elementos conforman uno de los extremos que luego deberá ser equilibrado. En los Capítulos IV y V se presenta la instancia de aplicación de la teoría, a saber, la discrecionalidad policial, que introduce el problema. El problema se presenta en el Capítulo VI sobre la dominación que introduce un mecanismo de

control como el habeas corpus. El caso ocupa el otro extremo de los elementos que deben ser equilibrados. En el Capítulo VII se defiende la hipótesis propuesta. Esta afirma que un reajuste en la teoría republicana de los sistemas penales permitiría justificar de modo coherente por qué un mecanismo de control que no satisface la exigencia del principio de profusión del control puede resultar peor que nada (es decir que la ausencia del mecanismo de control). Pero además tiene la consecuencia práctica de volver obligatoria el desarrollo de una disposición a favor de la influencia activa de los funcionarios que administran el mecanismo. Este reajuste de la teoría evita el problema y la inconsistencia que introduce el caso a la teoría de la legitimidad republicana para el ámbito de los sistemas penales.

El Capítulo VIII no ocupa un lugar en el desarrollo del método, sino que consiste en la aplicación del reajuste de la teoría, es decir, la incorporación del principio de profusión del control. En cada ámbito de aplicación, a saber, el habeas corpus y la ética policial el objetivo es verificar que las consecuencias de la aplicación del principio de profusión del control resultan coherentes con los fundamentos del ideal republicano de legitimidad, es decir, la promoción del valor de la libertad como no-dominación. En el apartado final se analiza las consecuencias de la introducción del principio de profusión de control en relación con los otros principios de la teoría republicana de los sistemas penales. Adicionalmente, se aplica la regla de prioridad de la legitimidad sobre la justicia social para analizar la relación entre los principios. Este aspecto no había sido considerado en el desarrollo de la teoría de Braithwaite y Pettit a la hora de defender la coherencia entre los principios.

3. La relevancia de los datos empíricos

Como afirmé más arriba para el equilibrio reflexivo la aceptabilidad de las teorías o principios de fondo depende de su coherencia con la evidencia provista por los casos o instancias

de aplicación. Esta evidencia puede ser normativa, por ej. juicios morales particulares, o empírica. Como vimos en el desarrollo del trabajo la evidencia empírica desempeña un rol fundamental. Para el desarrollo del argumento se emplean dos estudios empíricos¹²⁷ que cumplen un papel central en el ejercicio que propone el equilibrio reflexivo. De ahí que resulte necesario explicitar el objetivo de cada uno de estos estudios, el método empleado y el universo fáctico analizado.

3.1.Relevamiento y análisis sobre la aplicación del Código de Faltas

Esta investigación comenzó a ejecutarse en el mes de agosto de 2011 y el informe final fue publicado en el 20 de noviembre de 2012. El trabajo es fruto de la cooperación internacional para la promoción de los Derechos Humanos entre la Universidad Nacional de Córdoba y la Universidad de La Rioja de España.

El objetivo de la investigación era identificar los patrones de aplicación de las aplican las figuras de Merodeo (Art 98), Negativa u Omisión de identificarse (Art. 79) y Posesión Injustificada de llaves alteradas o ganzúas (Art.97), del Código de Faltas de la Provincia de Córdoba, en jóvenes varones de 18-25 años. El patrón que se intentaba identificar se vinculaba con la distribución del uso de la discrecionalidad policial y el modo en que era utilizada en función del barrio de residencia de los jóvenes afectados y desde la perspectiva de estos. El trabajo se desarrolló bajo la hipótesis de que el uso del poder discrecional y la

¹²⁷ Relevamiento y análisis sobre la aplicación del Código de Faltas en la Ciudad de Córdoba (2012) y. INFOJUS, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2015).

amenaza o interferencia originada en este se encuentra sobre representada en el caso de los jóvenes residentes en barrios con altos índices de pobreza.

Para el desarrollo de la investigación se tuvieron en cuenta las siguientes variables: nivel de ingresos del barrio de residencia del joven, número de detenciones por aplicación del código de faltas¹²⁸, número de detenciones por aplicación de alguna de los tres tipos contravencionales analizados, requerimiento de identificación en la vía pública, tipo de información requerida por la policía, autodescripción del aspecto físico del afectado, características situacionales de la detención, abuso policial durante la detención, duración de la detención, acceso a la asistencia legal, explicación de los jóvenes sobre el motivo de la detención.

Para conformar la muestra se escogieron nueve barrios de la ciudad de Córdoba representativos de niveles de ingresos bajo, medio y alto. Para la selección de los barrios se recurrió a la clasificación de fracciones en *clusters* según el nivel de ingresos del estudio *Vulnerabilidad Socioeducativa, un análisis transversal de la realidad de Córdoba*, del Centro de Estudios de Población y Desarrollo, del año 2003¹²⁹. A continuación, se detallan los barrios seleccionados:

Barrios seleccionados según el nivel de ingresos		
Altos	Medios	Bajos
Cerro Las Rosas (fracción 23)	Maipú (fracción 40)	Suárez (fracción 43)
Urca (fracción 47)	Parque Vélez Sarsfield (fracción 42)	Villa Libertador (fracción 59)
General Paz (fracción 13)	Los Naranjos (fracción 18)	Renacimiento (fracción 34)

¹²⁸ aquí se incluían tipos contravencionales que delegaban discrecionalidad como los que no lo hacían

¹²⁹ ALVAREZ, María Franci; GONZALEZ, Leandro; HARRINGTON, María Elizabeth; MACCAGNO, Alicia; PELÁEZ, Enrique y RIBOTTA, Bruno. *Vulnerabilidad Socioeducativa, un análisis transversal de la realidad de Córdoba.2003*. Centro de Estudios de Población y Desarrollo. Disponible en: <http://www.cepyd.org.ar/pdfs/vulnerabilidad.pdf>

Otra variable para la determinación de la muestra se vinculó al género y edad de los afectados por la discrecionalidad policial en materia contravencional. De acuerdo con la información disponible al comienzo de la investigación el 70% de los detenidos por aplicación del Código de Faltas eran jóvenes varones de entre 18 y 25 años. El dato se obtuvo a partir de la respuesta de la Policía de la Provincia de Córdoba al pedido de informe legislativo 4360/L/09¹³⁰.

En el informe “Código de Faltas Córdoba: Comentarios a partir de la respuesta a un pedido de informe legislativo”¹³¹ se mostró que el total de detenciones por aplicación del Código de Faltas informadas por los distintos departamentos de la provincia ascendieron a 54.223 (2009). Adicionalmente las detenciones se distribuían según la edad del siguiente modo: 44% son jóvenes entre 18 y 25 años, 20,8% entre 26 y 35; más de 45 años, el 17,4%; de 36 a 45 años, el 8,7%; y menores de 18 años, el 5,2%. El 86% de las detenciones se practican sobre personas de sexo masculino.

Para el desarrollo de la investigación se elaboraron tres muestras independientes, una por conjunto de barrios cada uno correspondiente a un nivel de ingreso. La muestra total fue de 600 jóvenes, 200 por conjunto de barrios. El margen de error fue de 4% y el nivel de confianza de 95%. La muestra total se calculó sobre una población finita de 85.477 jóvenes de entre 18 y 25 años que existían en la ciudad de Córdoba según el Censo Nacional de 2010¹³².

¹³⁰ CORIA, Adela; ETCHICHURI, Horacio Javier. Código de Faltas. Comentarios a partir de la respuesta de un pedido de informe legislativo, 2010.

¹³¹ CORIA, Adela; ETCHICHURI, Horacio Javier. *Código de Faltas. Comentarios a partir de la respuesta de un pedido de informe legislativo*, 2010.

¹³² https://www.indec.gob.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=41&id_tema_3=135

Del total de la muestra, fueron encuestados 527 jóvenes varones de entre 18 y 25 años, registrándose 73 rechazos. La tasa de respuesta total fue del 87% y sin diferencias importantes entre los distintos conjuntos de barrios. La estrategia de recolección de datos en cada barrio consistió en un muestreo de oportunidad.

El trabajo de análisis recayó sobre datos primarios obtenidos a través de la realización de encuestas cara a cara. Las encuestas se realizaron los días sábados y domingo entre los meses de febrero y julio de 2012. El instrumento de recolección de datos constó de un total de 19 preguntas:

Cuestionario para proyecto de cooperación internacional “promoción de Derechos humanos en materia de código de faltas en la ciudad de Córdoba”			
UNC-UR			
Barrio: _____			
Seleccionar joven de 18-25 años hombre residente del barrio en que se encuentra.			
Presentación:			
Color: 1	2	3	
1.	¿Conocés o escuchaste hablar del Código de Faltas?	Sí	No
2.	¿Alguna vez la policía te paró en la vía pública para pedirte el DNI? (<i>Quedan excluidos de esta pregunta los controles vehiculares</i>)	Sí	No
3.	¿Alguna vez fuiste detenido por aplicación del Código de Faltas? (<i>El/la encuestador/a puede orientar al encuestado diferenciando las detenciones por CDF de los delitos. Si la respuesta es NO, pasar a la pregunta 16</i>)	Sí	No
4.	¿Cuántas veces fuiste detenido por aplicación del Código de Faltas?	_____	
5.	¿Te pidieron el DNI?	Sí	No
6.	¿En esa/s oportunidad/es, recordás qué te pregunto la policía?	_____ _____	
7.	¿En esa/s oportunidad/es fuiste detenido por lo menos una vez por alguna de las siguientes figuras?: merodeo, negativa u omisión de identificarse o posesión injustificada de llaves alteradas o de ganzuas. (<i>El/la encuestador/a puede orientar al encuestado explicando cada figura.</i>)	_____	
	Sí (<i>Si la respuesta es Sí, continúe con la pregunta 9</i>)		
	No (<i>Si la respuesta es NO, continúe con la pregunta 8</i>)		
	No sabe (<i>Si la respuesta es No sabe, continúe con la pregunta 16</i>)		
8.	¿Por qué otra figura del Código de Faltas fuiste detenido?	_____	
9.	¿Cómo estabas vestido el día o en las oportunidades que te detuvieron por alguna de esas tres figuras? ¿Tenías puesto algún accesorio o algo que llamara la atención?	_____	

3.2. Informe sobre el control judicial de las políticas de seguridad a través del habeas corpus

Este informe es resultado de una investigación desarrollada en el período 2014- 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba con el financiamiento del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. El objetivo del trabajo era evaluar el funcionamiento del instituto del habeas corpus como herramienta de control de la discrecionalidad policial desde la perspectiva de la práctica judicial.

La muestra analizada comprendió las resoluciones judiciales de habeas corpus admitidos quedando excluidos otros elementos que forman parte del proceso y se encontraban plasmado en cada expediente. Para el análisis de los datos cuantitativos también se tuvieron en cuenta datos cualitativos relevado a partir de entrevistas realizadas a los a jueces, abogados y afectados vinculados a procesos de habeas corpus.

En consecuencia, la muestra se circunscribió principalmente a la respuesta de los jueces a los habeas corpus presentado por afectados por la discrecionalidad policial en materia contravencional. Quedaron excluidos habeas corpus por aplicación del Código de Faltas en figuras que no califican como delegantes de discrecionalidad o la aplicación de tipo penales o medidas procesales. De acuerdo con la Acordada N° 007 del 14/05/1998 del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, los competentes para resolver los de habeas corpus son los Juzgados de Control. Córdoba Capital cuenta con 9 juzgados de control dos de los cuales quedaron excluidos de la muestra porque carecen de competencia en materia de habeas corpus. Tal es el caso del juzgado de control en lo penal económico y del juzgado de control de lucha contra el narcotráfico.

A la muestra también se incorporaron juzgados del interior de la provincia. A tales fines fueron seleccionados de acuerdo con un criterio de proximidad y relevancia los juzgados de Carlos Paz, Cosquín, Río Cuarto y Villa María. Sin embargo, por problemas vinculados al acceso a las resoluciones sólo los tres primeros pudieron ser relevados.

La muestra también se delimitó temporalmente al período comprendido por los años 2012, 2013 y 2014. A partir de la aplicación de estos criterios se analizaron más de 500 resoluciones de habeas corpus de las cuales sólo 52 estaban vinculadas al control de la discrecionalidad policial en materia contravencional. Los datos cuantitativos fueron sistematizados y analizados a partir de la estadística descriptiva e inferencial de resumen de la información y el software SPSS 19.

En un segundo momento, la investigación comprendió la recolección de datos cualitativos. Para ello, se realizaron entrevistas estructuradas a los Jueces de Control de todos los juzgados analizados. No fueron entrevistados los Jueces de Villa María ni de Cosquín, quienes se negaron a colaborar con la investigación.

Referencias

- Agamben, G. (2004). *Estado de excepción*. Valencia: Pretextos.
- Agamben, G. (2004) *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pretextos.
- Alchurrón C. y Bulygin E.,
- Arena, F. (2016). Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual. *Revista de Derecho*, Vol. XXIX – (Nº 1), pp. 51-75.
- Beade, G. (2012). *Caracciolo, sobre discrecionalidad y rule of law*. Revista Filosofía del Derecho. Año II, Nº 3. Ediciones Infojus, p. 167
- Beitz, C. (2009). *The Idea of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Berlin, I. (1969). *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press.
- Bidart Campos, Germán J. (1998). *Manual de la Constitución Reformado, Tomo II*, Buenos Aires: Editorial EDIAR SACIF.
- Bittner, (1967). The Police on Skid-Row. A Study of Peace Keeping. *32 AM. Soc. REV.* 699, p.714.
- Black's Law Dictionary *2nd Ed (1910)*. West Publishing
- Braithwaite, J. and Pettit, P. (1990). *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Caracciolo, R., (2001). *Discreción, respuesta correcta y función judicial*. En SELA , *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*.
- Carbajo, M., Cabrera, N. & Hernández, A. (2013). Código de Faltas y moralidad policial: detenciones arbitrarias en la provincia de Córdoba desde la perspectiva policial. En

ponencia presentada en *XIV Congreso Nacional y IV Latinoamericano de Sociología Jurídica*, Córdoba, Argentina.

Carter, I. (2008). How are power and unfreedom related? In: Maynor John and Laborde Cécile (eds.). *Republicanism and political theory*. Malden, MA: Blackwell.

Christman, John. (1998). Review of Pettit's. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. In *Ethics*, 109, pp.202–206.

Cohen G. (2008). *Rescuing Justice and Equality*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Constant, B. (1819). *Acerca de la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos*. Libertades.

Copi, I. (1997). *Lógica simbólica*. Compañía editorial continental.

Costa, M. V. (2007). Freedom as Non-Domination, Normativity, and Indeterminacy. *Journal of Value Inquiry*, 41, pp. 291–307.

Costa, M. V. (2009). Neo-Republicanism, Freedom as Non-Domination, and Citizen Virtue. *Politics, Philosophy, and Economics*, 8, pp. 401–419.

Costa, M. V. (2013). Is Neo-Republicanism Bad for Women? *Hypatia*, 28, pp. 921–936.

Costa, M. V. (2018). Freedom as Non-Domination and Widespread Prejudice (manuscript no publicado).

- Dagger, Richard. (2009). Republicanism and Crime. In Besson Samantha and Martí José Luis (eds.). *Legal Republicanism: National and International Perspectives*. New York: Oxford University Press, pp. 147-166.
- Dagger, Richard. (2011). Republicanism and the Foundations of Criminal Law. In R.A. Duff and Stuart P. Green (eds.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*, New York: Oxford University Press, pp. 44-66
- Dancy, J. (2013). Moral Particularism. Edward, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* N. Zalta(ed.). URL: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/moral-particularism/>>.
- Daniels, N. (1979). Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance. In *Ethics, Journal of Philosophy*, 76(5), pp. 256–82; reprinted in Daniels, N. (1996), *Justice and Justification: Reflective Equilibrium in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 21–46.
- Daniels, N. (1996). *Justice and Justification: Reflective Equilibrium in Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press,
- Davis, K.C. (1969). *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Louisiana State: University Press.
- Derpmann, S. y Schweikard, D. (2016). *Philip Pettit: Five Themes from his Work*. Springer International Publishing Switzerland.
- Dicey, A.V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: McMillan and Co. Page numbers are from the 1982 version, based on the 8th

- edition (1915). Indianapolis: Liberty Classics. [Dicey 1982 (Orig.1885), available online]. (Orig. 1885).
- Duff, R. A. (2007). *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Hart Publishing.
- Duff, R. A. (2012). *Towards a Modest Legal Moralism*. Springer: Crim Law and Philos.
- Duff, R. A. (2015). *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Siglo XXI Editores.
- Duff, R. A. and MARSHALL, S.E. (1998) Criminalization and Sharing Wrongs. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XI, No.1, pp. 7-22
- Dworkin, R. (2011). *Justice for hedgehogs*. Belknap Press of Harvard University Press.
- Elías, S. y Sánchez Brígido, R. (2012). Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia. *Doctrina. JA 2012-IV, suplemento del fascículo n. 13*.
- Fabienne, P. (2017). Political Legitimacy, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* Edward N. Zalta (ed.), URL = [<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>](https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/).
- Feinberg, J. (1970). *The Expressive Function of Punishment*. En *Doing and Deserving*. Princeton University Press.
- Friedman, Marilyn A. (2008). Pettit's civic republicanism and male domination. In John Maynor and Cécile Laborde (eds.). *Republicanism and political theory*. Malden, MA: Blackwell.

- Fricker, M. (2007). *Epistemic Injustice Power and the Ethics of Knowing*, USA: Oxford University Press.
- Frontalini Rekers, R. (2013). *La responsabilidad moral y penal de los funcionarios por las privaciones abusivas de la libertad*. XIV anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho.
- Frontalini Rekers, R. *et all* (2015). *Habeas Corpus Colectivo, legitimación activa y ciudadanía*. Revista: *La Ley C2015* (agosto), 715.
- Frontalini Rekers, R. (2015). *La dimensión causal de la democracia deliberativa en la reforma del derecho penal*. Revista: *InDret* 1/2015.
- Frontalini Rekers, R. (Coord.) (2017). *Código de Convivencia de la Provincia de Córdoba Comentado*. Editorial Mediterránea.
- Gargarella, R. (2001). *El republicanismo y la filosofía política contemporánea*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- Gargarella, R. (2004). *Nuevas ideas republicanas: Autogobierno y libertad*. Paidós Ibérica Editores.
- Gargarella, R. (2016). *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.
- Goodin, R. y Jackson F. (2007). Freedom from Fear. *Philosophy & Public Affairs*, 35, pp.249–65.

- Goodman, N. (1955). *Fact, Fiction, and Forecast*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Halliday, P. D. (2010). *Habeas Corpus: From England to Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Harrington, J. (2014). *La república de oceana y un sistema político*. Edición Centro de Estudios Constitucionales.
- Hart, H.L.A. (2012). *The Concept of Law, 3rd edition* (first edition 1961). Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H.L.A. (1968). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford University Press.
- Hayek, F.A. (1972). *The Road to Serfdom*, Chicago: University Of Chicago Press. (Orig. 1944)
- Hayward, C. (2011). What Can Political Freedom Mean in a Multicultural Democracy? On *Deliberation, Difference and Democratic Government*. *Political Theory*, 39, pp.468–97.
- Hobbes, T. (1994). *Leviathan*. E. Curley (ed.). Indianapolis: Hackett.
- Holowchak, M. (2016). Thomas Jefferson. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.). URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/jefferson/>>.
- Hospers, J. (1997). *An introduction to philosophical analysis*. Fourth Edition Ed. Fourledge.
- Jakobs G. y Cancio Meliá M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Edición Civitas.

- Jamieson, D. (1995). El método y la teoría moral. En Singer, P. *Compendio de ética*, Alianza Editorial, pp. 637-651.
- Kadish, S. (1962). Legal Norm and Discretion in the Police and Sentencing Processes. *Harvard Law Review*, Vol. 75, No. 5, pp. 904-93.
- Laborde, Cécile. (2008). *Critical Republicanism: The Hijab Controversy and Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- Laborde, Cécile. (2010). Republicanism and Global Justice: A Sketch. *European Journal of Political Theory*, 9, pp.48–69.
- Larmore, C. (2004). Liberal and republican conceptions of freedom. In: Daniel Weinstock and Christine Nadeau (eds.). *Republicanism: history, theory, and practice*. London: Frank Cass.
- Lariguet, G. (2014). Filosofía Práctica e impura, *Revista Co-Herencia*, Vol.10, No.20, pp.187-213.
- Lerchundi, M. J., & Bonvillani, A. (2014). Jóvenes y código de faltas. Una "experiencia" de detención. *Justicia juris*, 10(1), pp. 43-52.
- List, C. (2006). Republican freedom and the rule of law. *Politic, Philosophy, and Economics*, 5, pp. 201–220.
- Locke, John. (2004). *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Buenos Aires: Libertador (Orig. 1754).
- Lovett, Frank. (2001). Domination: A Preliminary Analysis. *The Monist*, 84, pp. 98–112.

- Lovett, Frank. (2005). Milton's Case for a Free Commonwealth. *American Journal of Political Science*, 49, pp. 466–478.
- Lovett, Frank. (2009). Domination and Distributive Justice. *The Journal of Politics*, 71, pp. 817–830.
- Lovett, Frank (2010a). *A General Theory of Domination and Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Lovett, Frank. (2010b). Republican Global Distributive Justice. *Diacrítica*, 24, pp. 13–30.
- Lovett, Frank. (2012a). Harrington's Empire of Law. *Political Studies*, 6, pp.59–75.
- Lovett, Frank. (2012b). The Path of the Courtier: Castiglione, Machiavelli, and the Loss of Republican Liberty. *Review of Politics*, 74, pp.589–605.
- Lovett, Frank (2012c). What Counts as Arbitrary Power? *Journal of Political Power*, 5, pp.137–152.
- Lovett, Frank. (2017). Republicanism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/republicanism/>.
- Maclin T. (1993). The Central Meaning of the Fourth Amendment, 35, WM. & MARY L. REV. 197, 201–02.
- Margolis, E. and Laurence, S. (2014). Concepts. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.). URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/concepts/>.

- Marí, E.E. (1983). *La problemática del castigo: el discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*. Editorial Eudeba.
- Martí, J.L. (2004). La noción de ideal regulativo: preliminares para una teoría de los ideales regulativos en el derecho. *Philosophy and Public Issues (New Series)*, Vol. 5, No. 2 (2015), pp.25-42.
- Martí, J.L. y Pettit. (2015). *A Political Philosophy in public life: Civic Republicanism in Zapatero's Spain*. Princenton University Press.
- Martí, J.L. y Seleme, H. (2015). *Three comments on Philip Pettit's on the people's terms*. *Philosophy and Public Issues (New Series)*, Vol. 5, No. 2 (2015): 25-42.
- Maynor, J. W. (2003). *Republicanism in the Modern World*. Cambridge: Polity Press.
- Maynor, J. W. (2006). Modern republican democratic contestation: a model of deliberative democracy. In: Iseult Honohan and Jeremy Jennings (eds.). *Republican theory and practice*. London: Routledge.
- Mill, J.S. *Sobre la Libertad*, (1859) 1995. Editorial Tecnos.
- Miller, D. (1984). Constraints on Freedom. *Ethics*, 94, pp.66–86.
- Miller E. (2015). Police Encounters with Race and Gender. *University of California Irvine Law Review*, Vol. 5, p.735.
- Miller W. (ed.). *The Social History of Crime and Punishment in America: An Encyclopedia*. London, United Kingdom: SAGE Publications Ltd. p. 729.
- Moore, G.E. (1922). *The Nature of Moral Philosophy en Philosophical Studies*. London: Routledge.

- Nino, C. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1989). *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.
- Nozick, R. (1989). *The Examined Life. Philosophical Meditations*, New York: Simon and Schuster.
- Pateman, C. (1976). *Participation and Democratic Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pettit, P. (1996). Freedom as Antipower. *Ethics*, 106, pp.576–604.
- Pettit, P. (1997). *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press.
- Pettit, P. (1997). Republican Theory and Criminal Punishment. *Utilitas Vol.9*. Edimburg University Press.
- Pettit, P. (1999). Republican Freedom and Contestatory Democratization, in *Democracy's Value*, Ian Shapiro and Casiano Hacker-Cordon (eds.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Pettit, P. (2000). Prisons, Politicians and Democracy. *Questioning Ireland: Debates in Political Philosophy and Public Policy*. Dublin: Institute of Public Administration, pp. 155-69.
- Pettit, P. (2001). *A theory of freedom: from the psychology to the politics of agency*. Oxford: Oxford University Press.

- Pettit, P. (2002). Is Criminal Justice Politically feasible? *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 5, p.427.
- Pettit, P. (2004). The common good. In: Keith Dowding, Robert E. Goodin, and Carole Pateman, (eds.). *Justice and democracy: essays for Brian Barry*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pettit, P. (2008). Freedom and Probability: A Comment on Goodin and Jackson'. *Philosophy and Public Affairs*, Vol 36, pp.206-20.
- Pettit, P. (2008a). Three Conceptions of Democratic Control. *Constellations*, Volume 15, No 1.
- Pettit, P. (2008b). The Basic Liberties. In Matthew Kramer et al. (eds.). *The Legacy of H.L.A.Hart: Legal, Political and Moral Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, pp.201-24.
- Pettit, P. (2009). Law and Liberty. In *Legal Republicanism: National and International Perspectives*. Samantha Besson and José Luis Martí (eds.). Oxford: Oxford University Press.
- Pettit, P. (2011). The Instability of Freedom as Noninterference: The Case of Isaiah Berlin. *Ethics*, Vol. 121, No. 4, pp. 693-716.
- Pettit, P. (2012). *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pettit, P. (2012a). Legitimacy and Justice in Republican Perspective. *Current Legal Problems*, Vol. 65, pp.59–82.

- Pettit, P. (2012b). Two Republican Traditions. In *Republican Democracy: Liberty, Law and Politics*. A. Niederberger and P. Schink (eds.). Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Pettit, P. (2014). *Criminalization in Republican Theory. Criminalization: The Political Morality of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Pettit, P. (2015). *The Robust Demands of the Good*. Oxford: OUP.
- Pettit, P. (2015b). On the people's terms a reply to four critiques. *Philosophy and Public Issues (New Series)*, Vol. 5, No. 2, pp.79-97. Luiss University Press.
- Pettit, P. (2016). Freedom and Other Robustly Demanding Goods. En Philip Pettit: Five Themes from his Work. Springer International Publishing Switzerland.
- Rawls, J. (1951). Outline of a Decision Procedure for Ethics, *Philosophical Review*, 60(2) pp.177–97, reprinted in *Collected Papers* (1999), pp. 1–19.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1999). *The Law of Peoples [LP]*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Rawls, J. (2001). *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: Harvard University Press.
- Reiner, R. (1994). "Policing and the Police", en Morgan Maguire y Robert Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, OUP.

- Reiss, A. (1984). Consequences of Compliance and Deterrence Models of Law Enforcement for the Exercise of Police Discretion. *Law and Contemporary Problems*, Vol. 47, No. 4, *Discretion in Law Enforcement*, pp. 83-122.
- Riker, W. (1982). *Liberalism against Populism*. San Francisco: W. H. Freeman and Co.
- Sagüés, N. (2008). Hábeas corpus: Ley 23.098 comentada y concordada con la Constitución nacional y normas provinciales, *Colección Derecho procesal constitucional*, Vol. 4, Editorial Astrea.
- Sandel, M. (1996). *Democracy's Discontent*, Cambridge: The Belknap Press.
- Schumpeter, J. (1940). *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York, Harper Torchbooks (Ed.1984).
- Schmitt, C. (1985). *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza. (Orig.1921)
- Schmitt, C. (1998). *Teología Política*. Buenos Aires: Struhart y Cía. (Orig.1922)
- Sen, A. (1983). Poor, Relatively Speaking. *Oxford Economic Papers*, 35, pp. 153-68.
- Seleme, H. (2014). Un nuevo adversario de la libertad como no-dominación. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 17, n° 33. pp. 59-82.
- Seleme, Hugo Omar, Frontalini Rekers, Romina Moyano, Ramiro Di Santo, Francisco Rodríguez Nasuti y Florencia Truccone, Santiago. *Hábeas corpus colectivo, legitimación activa y ciudadanía*. LLC2015. P.715. Cita Online: AR/DOC/2520/2015.

- Shapiro, I. (1990), *Political Criticism*. Berkeley, Calif.: University of California Press.
- Shapiro, I. (2003). *The State of Democratic Theory*. Princeton: Princeton University Press.
- Shapiro, I. (2016). *Politics against domination*. Belknap Press.
- Schauer, F. (2003). *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons.
- Singer, P. (1995). *Compendio de ética*. Alianza Editorial.
- Skinner, Q. (1978). *The Foundations of Modern Political Thought, vol. 1: The Renaissance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Skinner, Q. (1984). The Idea of Negative Liberty, in *Philosophy of History: Essays on the Historiography of Philosophy*. Richard Rorty, J. B. Schneewind, and Skinner (eds.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Skinner, Q. (1991). The Paradoxes of Political Liberty. In *Liberty*. David Miller (ed.), Oxford: Oxford University Press.
- Skinner, Q. (1998). *Liberty Before Liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Skinner, Q. (2008). Freedom as the Absence of Arbitrary Power. In *Republicanism and Political Theory*. Cécile Laborde and John Maynor (eds.). Malden, MA: Blackwell Publishing.
- Smith, M. (1990), Backgrounding Desire. *Philosophical Review*, 99, pp.565-92.

- Sorensen, R. (2016). Vagueness. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.). URL <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/vagueness/>>.
- Thompson D. (1999). *La Ética, Política y el Ejercicio de Cargos Públicos*. Editorial Gedisa.
- Viroli, M. (2002). *Republicanism*. Antony Shugaar (tr.). New York: Hill and Wang.
- Waldron, J. (2016). The Rule of Law. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.). URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>.
- Weston, A. (1994). *Las claves de la argumentación*. Editorial Ariel.
- Weber, M. (1964). *The Theory of Social and Economic Organization*. Talcott Parsons (ed.). New York: Free Press.

Legislación citada

- Acordada N° 007 del 14/05/1998 del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.
- Código de Procedimientos en lo Penal de la Nación. Ley 27.063.
- Constitución de la Provincia de Córdoba. Ley 3831.
- Constitución Nacional de la República Argentina.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Habeas Corpus Act 1679 (www.legislation.gov.uk).

Ley 48. Jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales.

LEY 23.098. Habeas Corpus.

Magna Carta (www.legislation.gov.uk).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Jurisprudencia citada

Alberti, Huber Oscar y otros c/ provincia de Córdoba - Acción Autónoma de Inconstitucionalidad.

Bara, Sakho s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ Mbaye, Ibrahima s/ inf. arts. de la ley 23.098 (Habeas Corpus).

Granada, Jorge Horacio s/ recurso de habeas corpus en su favor. Corte Sup. 03/12/1985- Fallos: 307:2284.

Doregger, Bernardo y otro. Corte Sup. 19/11/1945 - Fallos: 203:256.

Habeas Corpus correctivo presentado por María Angélica O. De Möller Recurso de casación” (sentencia N° 120, 14/6/2007).

Asociación civil ammar Córdoba. “aravena, maria eugenia – mendoza, blanca asucena – asociación civil ammar Córdoba – asociación civil clínica jurídica de interés público Córdoba c/ superior gobierno de la provincia de Córdoba”. Amparo (ley 4915) expte. N° 251172/37.

Habeas corpus presentado por job sergio Fernando, Rodríguez Martín a favor de las trabajadoras sexuales miembros de a.m.m.a.r. Córdoba - habeas corpus. Expediente: 2547845.

Márquez, Pablo Alejandro p.s.a. abuso de autoridad reiterado (SAC N° 1068483).

Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Informes y documentos citados

CELS y HRW (1998). *La inseguridad policial. Violencia de las fuerzas de seguridad en*

la Argentina, Buenos Aires, Eudeba. Disponible en

http://www.cels.org.ar/common/documentos/cels_hr_w_inseguridad_policial.pdf

CELS (2016), *Hostigados. Violencia y arbitrariedad policial en los barrios populares*,

disponible en <http://cels.org.ar/hostigados.pdf>

Diario de sesiones de la Convención Constituyente 1994, Tomo I, p. 472.

Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente (29na. Reunión, 16ª. Sesión ordinaria, 20 y 21 de abril de 1987 p. 1606).

Proyecto de Ley provincial de Habeas Corpus. (Autor: legislador Roberto Birri).

Frontalini Rekers, R. (coord.). (2012). *Relevamiento y análisis sobre la aplicación del Código de Faltas en la Ciudad de Córdoba*.

Frontalini Rekers, R. (coord.). (2015). *El control judicial de las políticas de seguridad a través del habeas corpus*. INFOJUS, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.