

DEMOCRACIA Y DERECHO PENAL

*Roberto GARGARELLA**

I. Introducción

Existen numerosas razones que sugieren por qué debemos fortalecer los vínculos entre la teoría democrática y el Derecho Penal. En primer lugar, para quienes creemos en la importancia del autogobierno democrático, está claro que hay pocos problemas más relevantes que los relacionados con el uso de los poderes coercitivos del Estado. En segundo lugar y más concretamente, cuando nos referimos al Derecho Penal, nos referimos a un aspecto muy específico y preocupante de los poderes coercitivos del Estado. De hecho, la violencia del Estado puede implicar infligir dolor y sufrimiento, encarcelamiento e incluso la muerte. Parece obvio, pues, que para quienes se preocupan por la democracia, las cuestiones sobre los límites y el alcance de este tipo particular de violencia estatal no pueden escapar ni a la reflexión ni al control colectivo: lo que está en juego aquí es demasiado importante. Finalmente, debo mencionar que en sociedades como aquélla en la que vivo (Argentina, que no creo que sea muy diferente de otras sociedades occidentales) la existencia de desigualdades profundas e injustificadas agrava aún más el problema. En sociedades profundamente desiguales e injustas, el riesgo de un uso sesgado e inadecuado de los peligrosos poderes coercitivos del Estado parece aumentar de modo radical. Esta situación nos proporciona razones

* Roberto GARGARELLA es sociólogo, abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, L.L.M. por la University of Chicago Law School, Master en Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, J.S.D. por la University of Chicago, y Post-Doctorado en la Balliol Collage, Oxford. Es profesor ordinario de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, y profesor asociado de la Facultad de Derecho de la UBA. Ha sido profesor e investigador visitante en varias universidades extranjeras, como Columbia University, Universitat Pompeu Fabra, New York University, University of Bergen y University of Chicago.

adicionales para tener cuidado con cómo se utilizan esos poderes coercitivos y asegurarnos de que están sujetos a una estricta regulación democrática.

Ahora bien, esto tiene su lado bueno y su lado malo. El bueno es que, a pesar de las obvias conexiones existentes entre la teoría democrática y el Derecho Penal, las dos disciplinas no han tendido a confluír. Los filósofos políticos en general y los teóricos democráticos en particular apenas se han interesado por las cuestiones básicas del Derecho Penal. Esta omisión resulta desconcertante si se tiene en cuenta que el Derecho Penal aborda de hecho algunos de los temas más relevantes y dramáticos relacionados con el uso de los poderes coercitivos del Estado. Cabría preguntarse: "¿[c]ómo se explica la reticencia de HABERMAS y de la mayoría de los demás teóricos de la democracia deliberativa a tratar directamente el tema del castigo, a pesar de su interés en el aspecto coercitivo de la ley?" (DE GREIFF, 2002: 384). Tomemos, por ejemplo, el caso de tres de los principales filósofos políticos del siglo XX, a saber: John RAWLS en el mundo angloamericano, Jürgen HABERMAS en Europa continental y Carlos NINO en América Latina (HABERMAS, 1992; NINO, 1984, 1996; RAWLS, 1971, 1991). Los tres han estado muy interesados en cuestiones fundamentales sobre la justificación de la coerción estatal, considerando este problema justificativo como el más importante de la filosofía política. Al mismo tiempo, todos ellos entendieron claramente que una reflexión adecuada sobre el uso justificado de los poderes coercitivos del Estado también requiere una reflexión sobre la teoría democrática (cabe destacar que los tres abordaron las cuestiones democráticas a través de una *concepción deliberativa de la democracia*). Ahora bien, el hecho es que, aunque todos ellos reconocieron la necesidad de decir algo más concreto sobre la justificación del Derecho Penal y su conexión con la teoría democrática, ninguno desarrolló mucho más esta reflexión.¹

Lo bueno, sin embargo, es que se vienen produciendo denodados esfuerzos teóricos para tratar de reparar esas graves omisiones. En primer lugar, en los últimos años hemos visto una creciente tendencia teórica a establecer las conexiones ausentes entre los conceptos de democracia y de justicia de HABERMAS,

¹ El caso de NINO es particular en este sentido. En el primer momento de su vida académica, trabajó directa y casi exclusivamente dentro del área del Derecho Penal. Y dedicó la mayor parte de la segunda mitad de su vida académica a cuestiones de teoría constitucional y democrática. Sin embargo, casi nunca volvió a esas cuestiones iniciales sobre Derecho Penal para mirarlas a través de la lente de su concepción bien articulada sobre la democracia deliberativa.

NINO o RAWLS y las cuestiones básicas del Derecho Penal. Entre otros trabajos destacados, encontramos el de DZUR y MIRCHANDANI (2007) que conecta la teoría democrática de HABERMAS con el Derecho Penal; Pablo DE GREIFF hace lo mismo con la teoría democrática de NINO (DE GREIFF, 2002); y Sharon DOLOVICH (2004) prosigue una tarea similar mediante el uso de la teoría de la justicia de John RAWLS. Además, han aparecido muchos otros trabajos relevantes que intentan vincular cuestiones fundamentales del Derecho Penal con los temas centrales de la filosofía política y la teoría democrática. Entre muchas otras obras importantes que realizan estas conexiones podemos mencionar las aportaciones de John BRAITHWAITE, Philip PETTIT y Antony DUFF (ver, por ejemplo, BRAITHWAITE, 1989, 1997, 1998, 1999, 2000; BRAITHWAITE y STRANG, 2000; BRAITHWAITE y PETTIT, 1990, 1994, 2000; DUFF, 1986, 1998, 2001, 2004, 2004b, 2005, 2005b, 2005c; PETTIT, 1997, 1997b, 2002).

Antes de entrar a desarrollar el núcleo de mi presentación, permítaseme presentar la concepción particular de la democracia que tomaré como mi punto de vista en el resto de este documento. Esta aclaración es necesaria, dados los profundos desacuerdos que tenemos sobre el significado de la democracia, que es un concepto *esencialmente controvertido* (WALDRON, 1994). En lo que sigue, tomaré como ideal regulativo una visión que está en consonancia con la que HABERMAS, RAWLS o NINO concibieron en sus escritos sobre la democracia deliberativa.²

Ahora bien, para este artículo no quiero, ni necesito, proponer como ideal regulativo una versión demasiado sofisticada o compleja de la democracia deliberativa, que no haría más que agravar los desacuerdos actuales. Por el contrario, parto de una versión bastante simple o estándar de la democracia deliberativa, basada en el famoso *enfoque comunicativo de la democracia habermasiano*, según la cual una decisión pública justificada requiere el acuerdo deliberado de “todos aquellos que potencialmente pudieran verse afectados” (HABERMAS, 1996). Básicamente hay dos rasgos fundamentales en la posición de HABERMAS, que tomaré como los dos requisitos básicos de una democracia deliberativa. El primero se refiere a la *deliberación pública* y el segundo a la *inclusión social*.

² Este punto de vista, debo añadir, ha sido adoptado —de una forma u otra— por numerosos pensadores contemporáneos que trabajan con las teorías de la democracia (entre otros muchos, BOHMAN, 1996; BOHMAN y REHG, 1997; COHEN, 1989; DRYZEK, 2002; ELSTER, 1998; ESTLUND, 2009).

En consecuencia, según la idea regulativa de la democracia de la que parto, una decisión pública estará en principio más justificada cuanto mejor represente el producto de un debate inclusivo —un debate entre “todos aquellos que potencialmente pudieran verse afectados”—. Para quienes adoptamos este punto de vista deliberativo, las normas legales deben ser el producto de (i) *un amplio debate público colectivo*; en el cual (ii) *todos aquellos que potencialmente pudieran verse afectados* por esas normas legales participan. *Inclusión y discusión pública* aparecen, entonces, como los dos requisitos principales para que una norma sea considerada como derecho legítimo. Dicho de otro modo, las decisiones que son el mero producto de expertos tecnócratas, o las que la población en general no ha discutido convenientemente, no se considerarían suficientemente justificadas.

Teniendo en cuenta estas aclaraciones, procederé ahora a examinar el modo en que el Derecho Penal podría ser escrito y guiado por una teoría democrática deliberativa.

II. Democracia y procesos penales

En los últimos años, el Derecho Penal y la teoría democrática se cruzaron en diversas ocasiones y estos encuentros fueron generalmente muy fructíferos. Una de las zonas de intersección más interesantes fue la de los juicios penales, en la que los trabajos de Antony DUFF, Carlos NINO o Pablo DE GREIFF desempeñaron un papel destacado. De diferentes maneras, todos ellos han estado abogando por que se adoptasen enfoques comunicativos del Derecho, que a su vez tienen enormes repercusiones en el proceso penal. La idea principal de estas propuestas ha sido concebir el juicio como un proceso comunicativo con el delincuente, que pretende apelar a su razón y a su comprensión.

Las teorías comunicativas no deben confundirse con las teorías expresivas de la pena, a pesar de las evidentes conexiones que parecen existir entre ellas. En términos generales, se podría decir que el propósito principal de las teorías expresivas es la comunicación (y no, por ejemplo, la rehabilitación o la venganza). Los enfoques expresivos pretenden comunicarle al criminal una censura por lo reprochable del acto cometido: “desaprueban [...] los actos que no deben ser tolerados o condonados” (DUFF, 1986: 235). Por ejemplo, según el enfoque particular de Jean HAMPTON sobre el castigo expresivo, el castigo adquiere

justificación en razón de su servicio (potencial) a la educación moral. Así, el castigo está justificado como “un bien para aquellos que lo sufren”, en lugar de un “mal merecido” (HAMPTON, 1984: 237). HAMPTON compara esta situación con la del padre que castiga a su hijo querido y sostiene: “el sufrimiento que le impone un padre a un hijo travieso pero querido me sugiere que el castigo no debe justificarse como un mal merecido, sino más bien como el intento de alguien que se preocupa por educar a una persona caprichosa” (*id.*). Uno puede no estar de acuerdo con el punto de vista de HAMPTON por diversas razones (por ejemplo, en lo relativo a la contribución de la privación de la libertad a la educación moral) y, sin embargo, estar de acuerdo con el propósito básico de su empresa, que es abordar el Derecho Penal desde una perspectiva expresiva. Podemos decir algo similar con respecto a otra posición *expresiva* bien conocida, la avanzada por Joel FEINBERG. Según FEINBERG (1970: 96), “el castigo es un dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, y de juicios de desaprobación y de reprobación, por parte de la propia autoridad o de aquellos 'en cuyo nombre' se inflige la pena”. Sin embargo, el hecho es que las aproximaciones *expresivas* al Derecho Penal, como las que Joel FEINBERG o Jean HAMPTON ofrecieron en su momento, tienen solamente una tenue conexión con la metas y ambiciones centrales de una democracia deliberativa. En efecto, los enfoques expresivos parecen estar interesados principalmente en la comunicación *unidireccional*, en la que el delincuente solo puede escuchar y aceptar finalmente el mensaje que los otros quieren transmitirle.

En cambio, los enfoques comunicativos que quiero defender aquí ven el proceso penal de una manera diferente, que parece relacionada más claramente con los supuestos básicos de una democracia deliberativa. Efectivamente, en DUFF, NINO o en el enfoque comunicativo de DE GREIFF, el proceso penal se concibe como un proceso *dialógico*, en el que el delincuente no es visto simplemente como un receptor pasivo de un reproche público. El proceso penal se considera entonces como si tuviera *dos vías*: una parte trata de dirigirse activamente a la otra, recurriendo a su razón, en lugar de a su miedo. El objetivo del proceso es, por lo tanto, entablar un *diálogo moral* con el agresor.

Basándose en el trabajo de Jürgen HABERMAS y de Carlos NINO sobre la teoría democrática, DE GREIFF lee e interpreta las teorías expresivas de la pena de una

manera *dialógica* (DE GREIFF, 2002: 390).³ Para él, "el quid no es meramente que al culpar a alguien digamos simplemente que *hay* razones morales por las que debería haber evitado actuar como lo hizo, sino que le ofrecemos a él esas razones. Al culpar a alguien lo introducimos en una discusión moral cuyo objetivo es llevarle a aceptar nuestro juicio sobre su acción" (pp. 390-1).⁴ Por otra parte, tenemos que estar preparados para "ser persuadidos por él y modificar [nuestro] juicio original sobre su conducta" (p. 391). Para quien sostiene este punto de vista, el objetivo de culpar "no es simplemente hacer que la gente cambie su comportamiento, sino que lo haga por las razones correctas" (*id.*). En este punto, el enfoque de DE GREIFF sobre el proceso criminal no puede distinguirse del de Antony DUFF.

Antony DUFF ha desarrollado un enfoque comunicativo del Derecho Penal durante años, pero ha sido recientemente cuando ha establecido abiertamente una conexión entre esa visión y la idea deliberativa de la democracia (DUFF y MARSHALL 2007; DUFF *et al.*, 2007). Ha adoptado explícitamente "concepciones participativas y deliberativas de la democracia" con el fin de respaldar su punto de vista del juicio como un "proceso de rendición de cuentas, como una de las varias maneras en las que, como participantes en la amplia gama de prácticas de razonamiento que estructuran nuestras vidas, nos responsabilizamos los unos a los otros" (DUFF y MARSHALL, 2007: 220, 241). DUFF nos ha proporcionado la que probablemente es la mejor y más influyente explicación acerca de los juicios penales dialógicos. Para DUFF, "llevar a alguien a juicio y castigarlo por sus fechorías es tratarlo como a un miembro de la comunidad normativa bajo cuyas leyes se le juzga y castiga". Hay que dirigirse al acusado en tanto que "miembro de una comunidad normativa cuyos valores se espera que entienda y acepte" (DUFF, 2008). Además, tiene que

3 Dadas las "naturales" u obvias conexiones entre una perspectiva deliberativa de la democracia y una comprensión comunicativa del castigo, es sorprendente que autores como Carlos NINO —uno de los primeros académicos en desarrollar una sólida teoría sobre la democracia deliberativa— no desarrollaran plenamente esta conexión. Nino comenzó y finalizó su carrera académica escribiendo sobre justicia criminal (NINO, 1980, 1996b), pero en las décadas intermedias desarrolló una poderosa teoría democrática (NINO, 1996). Pablo DE GREIFF señala correctamente la ausencia de este vínculo en los escritos académicos de NINO, refiriéndose al hecho de que, incluso en sus últimos escritos, NINO todavía basaba sus perspectivas sobre la justicia criminal solo en premisas morales, sin darles un rol claro a sus puntos de vistas sobre la legitimidad democrática (DE GREIFF, 2002: 383).

4 Obviamente, este proceso comunicativo puede fallar, porque el delincuente no es persuadido por nuestros argumentos.

tener una oportunidad justa de ser escuchado y sus opiniones tienen que ser tomadas en serio y debidamente sopesadas. Esto sería lo contrario de lo que las sociedades suelen hacer en estos casos, lo que puede ser descrito como un intento coercitivo de “doblegar” la voluntad del criminal (DUFF, 1986: 272).

En palabras de DUFF (2001), el sistema de justicia penal no debe buscar “la obediencia [de las personas] a sus exigencias, sino su comprensión y la aceptación de lo que se requiere de ellas como ciudadanos” (p. 80). Más concretamente, si debo tratar al delincuente “como a un agente moral, como a un miembro de la comunidad moral a la que ambos pertenecemos, mi objetivo no puede ser simplemente encontrar medios eficaces para hacer que su conducta se ajuste a lo que la moral requiere —que pague su deuda, por ejemplo, o que diga la verdad—. Ese objetivo puede lograrse en principio mediante [...] métodos que no lo respeten como a un agente moral [...]. Mi objetivo debe ser que haga lo que está bien porque *vea que es correcto*; y es intrínseca a ese objetivo la especificación de los medios por los cuales se puede lograr: solamente por un proceso de persuasión moral racional” (DUFF, 2001: 81).⁵

A pesar de sus bases y objetivos (parcialmente) diferentes, el trabajo de DUFF, el de NINO o el de DE GREIFF nos proporcionan ejemplos interesantes acerca de cómo una teoría democrática puede relacionarse con el derecho criminal para renovar nuestras ideas sobre los procesos criminales.

⁵ DUFF ilustra las implicaciones de esta particular aproximación comunicativa con el ejemplo de un pecador que acepta y comparte los valores de su iglesia y recibe una penitencia por su mal comportamiento. Para DUFF (1986), esta persona: “no es, o no necesita ser, *manipulada*, si la penitencia a la que se le somete apela a su comprensión y busca que acepte las razones relevantes que justifican la pretensión de que debe arrepentirse de su pecado y aceptar su penitencia. Porque la penitencia se le impone dirigiéndose a ella como a un agente moral racional: busca comprometerla y suscitar, pero no manipular o forzar, su comprensión y su juicio; la deja libre para rechazar el juicio y la comprensión que la penitencia pretende comunicarle. Si este es el carácter de la penitencia, a la persona no está siendo usada simplemente como un medio; tampoco está esa penitencia vinculada a la comprensión del arrepentido, que busca incitar como un medio contingente para una finalidad ulterior; está relacionada con esa finalidad igual que la culpa moral está relacionada con el reconocimiento de la culpa por parte del arrepentido, al que se dirige” (p. 253).

III. Democracia y toma de decisiones penales

A continuación, permítaseme centrar la atención en la toma de decisiones en el ámbito penal. La teoría democrática aún no ha proporcionado alternativas convincentes para el sistema de toma de decisiones imperante, pero ha sido particularmente activa a la hora de desafiar a las dos fuerzas principales que han impulsado la toma de decisiones penales en las últimas décadas, a saber: el elitismo y el populismo penal.

Aunque, aparentemente, el elitismo y el populismo penal se presentan como puntos de vista opuestos en relación con la toma de decisiones penales, realmente los dos enfoques parecen estar relacionados muy estrechamente en ese elitismo que comparten. Desde el punto de vista de los elitistas, se apela a los *intereses del pueblo*, sin preguntar siquiera a las personas acerca de sus puntos de vista. Mientras tanto, las *opiniones populistas* apelan a la *voluntad del pueblo*, sin establecer nunca con las personas, de manera seria, un diálogo claro acerca de sus puntos de vista reales. Al final, ninguno de estos enfoques parece tomar en serio los puntos de vista de las personas concretas a las que dicen representar.

Desde la perspectiva de una democracia deliberativa, ninguno de los dos enfoques resulta atractivo debido a la forma en la que abordan dos requisitos principales de la democracia, a saber, la inclusión social y la deliberación. Los enfoques elitistas de la justicia penal —tal y como los entendemos aquí— hacen hincapié en el papel de los expertos tecnocráticos en todo lo que se refiere a la ley penal (y, en consecuencia, desestiman la importancia de las cuestiones relativas a la inclusión social), mientras que los enfoques populistas plantean al menos una retórica de la inclusión social, pero desestiman el valor de la deliberación pública justa. Teniendo en cuenta estas características esenciales, podría sostenerse que el elitismo penal es, para los demócratas, particularmente deficiente en lo que concierne a la inclusión social, mientras que el populismo penal falla en lo que concierne a la deliberación colectiva. Permítanme explorar por separado estos dos puntos de vista, y las críticas que han recibido o pueden recibir de la teoría democrática.

A) Elitismo penal y democracia

Según David GARLAND, el welfarismo penal dominó la formulación de las políticas en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial (GARLAND, 2001: 145-6). Durante esos años de auge, las políticas penales fueron elaboradas por expertos gubernamentales y operadores profesionales. Fueron el producto del “conocimiento experto y la investigación empírica”, y por lo general asumían que la reforma y la intervención social eran respuestas plausibles frente a la delincuencia (*id.*). Ahora bien, desde una perspectiva democrática, el welfarismo penal puede ser visto como un ejemplo claro de elitismo, en este caso, de elitismo de tipo liberal.

Ante estos influyentes enfoques elitistas (sin importar la forma en que enmascaren su elitismo o la retórica que empleen en su defensa), las respuestas de la democracia deliberativa han sido claras: necesitamos mayor inclusión y más debate. Ian LOADER (2006), por ejemplo, se ha opuesto a (lo que él llama) la regla de los “guardianes platónicos” en la justicia penal, sugiriendo la promoción de reformas institucionales democráticas en aquel ámbito. En palabras suyas, “con el concurso público de la ciudadanía —el concurso más inclusivo y mejor documentado posible— tenemos que diseñar formas institucionales de convivir con el crimen y el castigo que se han convertido en una característica recurrente de nuestro tiempo” (LOADER, 2006: 582; RYAN, 1999). Para él, “el debate público abierto sobre el crimen y el castigo no es algo que las sociedades democráticas deban rehuir. De hecho, en condiciones adecuadas, este diálogo puede reforzar la razón pública que los guardianes platónicos pueden debilitar, y ayudar a contrarrestar las creencias espontáneas que [ellos] temen (...) que puedan propagarse peligrosamente fuera de control por las instituciones de la justicia penal” (*id.*). Encontramos respuestas democráticas similares en el trabajo de LOADER y SPARKS. Según ellos, “las cuestiones acerca de la delincuencia, el orden y la justicia son —y deben ser— fijadas a través del concurso y del debate político” (LOADER y SPARKS, 2011: 30).⁶

⁶ No está claro, sin embargo, cuánto difieren estos puntos de vista de los expresados por PETTIT (2002), que examinaremos en los siguientes párrafos.

En mi opinión, estas respuestas iniciales apuntan en la dirección correcta: la toma de decisiones penales se ha convertido en una práctica elitista injustificable. La democracia necesita encontrarse con la ley penal, incluso a este nivel: no debemos tener miedo de abrir el debate al público general sobre las cuestiones cruciales de interés público. En cuanto a estos puntos fundamentales, los demócratas deliberativos no pueden estar más de acuerdo con LOADER, SPARKS y otros teóricos que han destacado la importancia de insuflar democracia al sistema penal. Ahora, y después de lo dicho, todavía tenemos que ver cuáles serían las implicaciones prácticas concretas de estas iniciativas. Conocemos algunas (por ejemplo, las que se refieren a la vigilancia de las políticas), y parecen adecuadas (véase, por ejemplo, LOADER, 1996, 1997, 2000). Sin embargo, todavía no tengo claro el grado en el que estas propuestas se diferencian de otros puntos de vista todavía elitistas desarrollados en este ámbito.⁷

⁷ Principalmente, estoy pensando en el trabajo reciente de filósofos como Philip PETTIT. PETTIT ha desarrollado un enfoque interesante y novedoso respecto de la democracia (PETTIT, 2002, 1997b, 2012) y, sobre todo teniendo en cuenta el atractivo de estos desarrollos, sus propuestas acerca de las políticas penales cada vez más punitivas parecen, de algún modo, sorprendentes. PETTIT parece estar especialmente preocupado por lo que él llama "la dinámica de la indignación" que opera en el ámbito de la justicia penal (PETTIT, 2002: 429). Véase también ZIMRING, HAWKINS y KAMIN, (2001). Su funcionamiento puede explicarse de la siguiente forma: en primer lugar, el Estado expone a la sociedad un cierto mal; en segundo, la exposición de este mal lleva, entonces, a la indignación popular; y en tercero, la indignación popular fuerza al gobierno a tomar nuevas medidas (normalmente represivas) (p. 430). De manera similar, ZIMRING, HAWKINS y KAMIN (2001: 232). Teniendo en cuenta esta "dinámica de la indignación", PETTIT (2002) sugiere alejar esta política de decisión judicial (*sentencing policy*) "de las manos del parlamento y dejarla, en primera instancia, en manos de un cuerpo institucional que opere con independencia del parlamento y del gobierno" (como un banco central). De esta manera, el ámbito de las políticas de decisión judicial se abstraería totalmente "de las presiones inmediatas de la indignación popular" (p. 442). En mi opinión, incluso si aceptáramos el carácter descriptivo de su propuesta, como hago yo, tendríamos buenas razones para no desarrollar propuestas como las suyas. Desde el punto de vista de la noción deliberativa de la democracia, debemos hacer dos objeciones a la opinión de PETTIT. La primera tiene que ver con los requisitos deliberativos de la democracia. Si reconocemos, como hace él, que los orígenes mismos de la odiosa "dinámica de la indignación" residen en los medios de comunicación sensacionalistas o en la falta de información de la gente o en la ausencia de un foro adecuado de debate, la reacción más obvia (aunque no para PETTIT) sería la de promover el debate público, abrir nuevos espacios de debate político, crear nuevas fuentes para la transmisión de información imparcial, reducir la influencia del dinero en los medios y en la política, etc. (esto es, básicamente, la misma conclusión a la que llegan DZUR y MIRCHANDANI, 2007; MARTÍ, 2009; y JOHNSTONE, 2000). En segundo lugar, y en relación con el requisito de la inclusión en una democracia deliberativa, parece claro que su propuesta es problemática al sugerir alejar de las manos de la gente la política de decisión judicial y al proponer la

B) Populismo penal y democracia

Mientras el elitismo penal fue especialmente influyente durante la década de los años cincuenta y los que siguieron a la consolidación del estado de bienestar, la nueva tendencia de “ley y orden” surge como un fenómeno más contemporáneo, asociado a las políticas neo-conservadoras y neoliberales y, más concretamente, a fenómenos políticos como el “thatcherismo” y el “reaganismo” (GARLAND, 2001: 145-6).

Inicialmente, Antony BOTTOMS (1995: 40) utiliza la expresión “punitivismo populista” para “transmitir la idea de que los políticos aprovechan, utilizando para sus propios fines, lo que ellos creen que es la posición general del público respecto a la punición. Para David GARLAND (2001: 145-6), el populismo penal se refiere a una “nueva experiencia” de “ley y orden” en la que se desconfía de los expertos y en la que las decisiones legales están muy influenciadas por la opinión popular y los medios de comunicación. De hecho, el término “populismo” se ha ido asociando a la política de “mano dura contra el crimen” y a las respuestas emocionales que se suceden habitualmente después de algunos crímenes horribles que suscitan una intensa atención mediática (ROBERTS *et al.*, 2003: viii; GARLAND, 2001). La nueva fórmula populista representaba una combinación imbatible y exitosa: se trataba de una propuesta política muy rentable que prometía grandes logros en la reducción de la delincuencia y que estaba, al mismo tiempo, muy justificada y muy legitimada en términos democráticos.

La rentabilidad política de estas nuevas prácticas parece innegable. No obstante, su eficacia y su justificación han sido objeto de mucha controversia. En términos de efectividad, algunos autores mantienen que, como balance, los costos acarreados por estas políticas fueron excesivamente elevados, y otros sugieren que las nuevas políticas de “mano dura contra el crimen” eran, en la práctica, mucho menos eficaces de lo previsto (BENEKOS y MERLO, 1995; GREENWOOD *et al.*, 1994; STOLZENBERG y D’ALESSIO, 1997). En cualquier caso, y para los propósitos de este

creación de nuevas instituciones contra-mayoritarias. La democracia deliberativa no propone debates inclusivos respecto de los asuntos públicos porque tenga una querencia hacia las reuniones multitudinarias, sino porque considera que las deliberaciones colectivas bien diseñadas favorecen la imparcialidad (MARTÍ, 2009).

trabajo, voy a centrarme en las críticas dirigidas a la justificación democrática de este tipo de políticas desde el punto de vista de las políticas sobre decisiones judiciales (*sentencing policies*). Estas críticas, como veremos, se refieren principalmente a las dos preocupaciones fundamentales de la democracia deliberativa, es decir, las cuestiones relacionadas con la inclusión y con el debate público.

La primera crítica democrática hacia el populismo señala que los populistas tienden a apelar a la "voluntad del pueblo", pero, de hecho, con frecuencia ellos mismos no se molestan realmente en consultar al pueblo al que apelan. Los populistas no parecen estar realmente interesados en colaborar con aquellos a los que invocan constantemente. Como puso de manifiesto John PRATT (2007), uno de los autores más destacados que trabajan en torno a la cuestión, el "populismo penal" remite a aquellos políticos y grupos que dicen hablar en nombre de "la gente" en relación con el desarrollo de las políticas penales. Los populistas generalmente postulan la adopción de políticas criminales "más duras", como si fuera obvio que el resto de la gente reclame este tipo de políticas. Por lo general, nos encontramos con este fenómeno en América Latina, donde las políticas de "mano dura" han adquirido una importancia creciente en las últimas décadas.⁸ Pero lo cierto es que, una vez más, el populismo no toma en serio el carácter inclusivo de la democracia: por lo tanto, a pesar de la retórica, simplemente se convierte en otra versión del elitismo penal.

La segunda objeción tiene que ver con los populistas que hacen referencia a las encuestas de opinión de uno u otro tipo, con el fin de extraer rápidamente conclusiones punitivistas. Frente a esta evolución, la teoría democrática recomendaría pararse a reflexionar y no apresurarse en la carrera hacia el punitivismo. Autores como Antony BOTTOMS, por ejemplo, han demostrado la complejidad de las actitudes de la gente respecto del crimen y el castigo (BOTTOMS,

⁸ Al tiempo que yo estaba escribiendo estas líneas, en mi país, Argentina, el principal líder de la oposición atacaba una propuesta bastante liberal para la reforma de la legislación penal, con argumentos populistas. También anunció —aunque nadie parece estar tomando en serio esa amenaza— que iba a comenzar a recoger firmas en contra de la reforma. Véase, por ejemplo, [http://www.clarin.com/politica/Codigo-Penal-Massa-consulta-reformarlo_0_1094890514.html], y [<http://www.infobae.com/2014/03/08/1548648-massa-comenzo-la-junta-firmas-contra-la-reforma-del-codigo-penal>].

1995; ROBERTS y HOUGH, 2002; ROBERTS y HOUGH, 2002b). En contra de las poco sofisticadas asunciones previas y a la vista de las dramáticas consecuencias que tienen las nuevas políticas populistas, BOTTOMS establece que “no se puede hablar directamente y a la ligera de la opinión pública respecto al crimen equiparándola automáticamente con un enfoque en gran medida punitivo” (BOTTOMS, 1995: 40). Tras revisar la literatura sobre el tema, Gerry JOHNSTONE también concluye que “un cuidadoso cribado del resultado de las encuestas muestra multitud de evidencias en el sentido de que la opinión pública es mucho más diversa, y menos rotundamente punitiva de lo que generalmente se da por supuesto” (JOHNSTONE, 2000: 164).

La tercera objeción, en cierto sentido, es la más relevante desde la perspectiva de una democracia deliberativa. Se refiere a la importancia de distinguir entre “meras opiniones” y “juicios deliberativos”, y nos invita a evitar trivializaciones relativas a la democracia y el debate colectivo. Estudios como el presentado por David GREEN (2006) en el *British Journal of Criminology* en 2005 han sido relevantes, por ejemplo, para ayudar a distinguir entre “opinión pública y juicio público sobre la delincuencia”. En su obra, GREEN trató de construir un modelo más fiable de evaluación de la opinión pública bien informada sobre el control de la delincuencia y la política penal. El trabajo de GREEN, entre otros, sirvió de apoyo a las reivindicaciones básicas de los demócratas deliberativos en este área, que insisten en la importancia de promover debates democráticos reales. Para los demócratas deliberativos, la discusión pública colectiva es crucial para permitir que cada persona depure sus propias preferencias (GOODIN, 1986). Se asume que a través de los debates públicos cada persona tiene la posibilidad de corregir sus propios errores, incorporar nueva información relevante para su razonamiento, diluir prejuicios injustificados, aclarar las ambigüedades y contradicciones en su pensamiento, etc. Por tales razones, los demócratas deliberativos apoyan los sistemas institucionales que no consideran las preferencias de la gente como algo dado: ven las preferencias declaradas o las “meras opiniones” de la gente como el resultado endógeno de un proceso que involucra, a menudo, prejuicios, renuncias e injusticia. Por eso mismo, finalmente, distinguen claramente entre el mercado y el foro (ELSTER, 1986; GUTMAN y THOMPSON, 2004).⁹

⁹ Las encuestas de opinión pueden ser útiles para conocer las opciones más inmediatas o urgentes de los consumidores, pero la democracia no está y no debe estar interesada en ello. La democracia no

El texto de GREEN (2006) —que se centra en el Derecho Penal y se basa, en sus aspectos teóricos, en las aportaciones de demócratas deliberativos como Jürgen HABERMAS— ayuda a recalcar lo anterior. Según GREEN, "la mayoría de las concepciones típicas de la opinión pública no se basan en la deliberación" (p. 150). Para él, y esa sería la principal conclusión de su estudio, la "opinión pública" debe ser considerada simplemente como "desinformada, una opinión irreflexiva, que tiende a carecer de validez en temas polémicos, que mide reacciones superficiales sobre cuestiones de las que sesabe poco" (*id.*).

Otros estudios, también inspirados en teorías deliberativas de la democracia, como los de DZUR y MIRCHANDANI (2007), insisten en enfoques similares y describen el "populismo punitivo de las leyes de las tres reincidencias (*three strikes and you're out*) como basadas en la mera opinión" (p. 163). DZUR y MIRCHANDANI hacen un análisis exhaustivo de las políticas populistas neo-punitivas y demuestran los defectos que las encuestas sobre punitivismo tienen desde un punto de vista democrático. Para ellos, las decisiones deliberativas requieren debates "racionales, abiertos, permanentes y, en definitiva, basados en valores pluralistas", características que no se puede encontrar, de forma significativa, tras la aprobación de leyes como las de las tres reincidencias (p. 164).

Todos estos trabajos, en mi opinión, implican una importante aportación a la teoría del derecho, al impulsarnos a no aceptar las encuestas de mercado como equivalentes a los debates democráticos: entre ellos hay una gran diferencia, que siempre debe ser tenida en cuenta, y muy especialmente en el momento de diseñar nuevas políticas públicas. Estos enfoques han generado también algunos interesantes esfuerzos teóricos y prácticos dirigidos al desarrollo de encuestas deliberativas, entendidas como mecanismos adecuados para la medición de la opinión pública acerca de los problemas de la justicia penal, y sin duda, más

tiene que ver con la satisfacción de las preferencias de consumo de la mayoría, sino con la forma de garantizar acuerdos profundos y amplios en relación con cuestiones públicas fundamentales sobre la justicia, la libertad o la igualdad.

prometedoras que las encuestas tradicionales (GREEN, 2006: 147; LUSKIN, FISHKIN y JOWELL, 2002).¹⁰

Bibliografía

BOTTOMS, A. (1995) "The philosophy and politics of punishment and sentencing", en CLARKSON, C. y MORGAN, R. (eds.) *The Politics of Sentencing Reform*. Oxford, Clarendon Press, pp. 17-49.

BOHMAN, J. (1996) *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*. New Baskerville, MIT Press.

BOHMAN, J. y REHG, W. (eds.) (1997) *Deliberative Democracy*. Cambridge/Massachusetts, MIT Press.

BRAITHWAITE, J. (1989) *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge, Cambridge University Press.

— (1997) "On Speaking Softly and Carrying Big Sticks", en *Toronto Law Journal*, volumen 47, pp. 305-61.

— (1998) "Restorative Justice", en M. TONRY (ed.) *The Handbook of Crime and Punishment*. Oxford, Oxford University Press, pp. 323-44.

— (1999) "A Future Where Punishment is Marginalized", en *UCLA Law Review*, volumen 46, número 6, pp. 1727-50.

— (2000) "Restorative Justice and Social Justice", en *Saskatchewan Law Review*, volumen 63, número 1, pp. 185-94.

¹⁰ El *Center for Deliberative Democracy*, de la Universidad de Stanford, describe las encuestas deliberativas como "un intento de utilizar la televisión y la medición de la opinión pública de una manera nueva y constructiva. Primero, se interroga a una muestra aleatoria y representativa sobre temas específicos. Después de esta encuesta básica inicial, se invita a los participantes en la muestra a una reunión de fin de semana en un lugar determinado para discutir ampliamente sobre esos temas. Se les entregan materiales informativos equilibrados, que también se ponen a disposición del público. Participan en un diálogo con expertos sobre las materias y líderes políticos basado en las preguntas que desarrollan en pequeños grupos de discusión con moderadores capacitados. Parte de esos debates de fin de semana son emitidos por televisión, en directo o en diferido, tras haberse editado las grabaciones. Después se vuelven a plantear las preguntas originales a la muestra. Los cambios de opinión resultantes representan las conclusiones a las que el público llegaría, si la gente tuviera la oportunidad de estar más informada y más comprometida con los problemas". Ver [<http://cdd.stanford.edu/polls/docs/summary/>].

BRAITHWAITE, J. y PETTIT, P. (1990) *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal law*. Oxford, Oxford Clarendon Press.

— (1994) "Republican Criminology and Victim Advocacy: Comment", en *Law & Society Review*, volumen 28, número 4, pp. 765-76.

— (2000) "Republicanism and Restorative Justice: An Explanatory and Normative Connection", en STRANG, H. y BRAITHWAITE, J. (eds.) *Restorative Justice*. Burlington, Ashgate, pp. 145-63.

BRAITHWAITE, J. y STRANG, H. (2000) "Connecting Philosophy and Practice", en STRANG, H. y BRAITHWAITE, J. (eds.) *Restorative Justice*. Burlington, Ashgate, pp. 203-20.

COHEN, J. (1989) "The Economic Basis of a Deliberative Democracy", en *Social Philosophy and Policy*, volumen 6, número 2, pp. 25-50.

DE GREIFF, P. (2002) "Deliberative Democracy and Punishment, en *Buffalo Criminal law Review*, volumen 5, número 2, pp. 373-403.

DRYZEK, J. (2002) *Deliberative Democracy and Beyond*. Oxford, Oxford University Press.

DUFF, A. (1986) *Trials and Punishments*. Cambridge, Cambridge University Press.

— (1998) "Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability", en *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 18, pp. 189-206.

— (2001) *Punishment, Communication, and Community*. Oxford, Oxford University Press.

— (2004) "I Might me Guilty, But You Can't Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial", en *Ohio State Journal of Criminal Law*, volumen 1, pp. 245-59.

— (2004b) "Rethinking Justifications", en *Tulsa Law Review*, volumen 39, número 4, 829-50.

— (2005) "Punishment, Dignity and Degradation", en *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 25, número 1, pp. 141-55.

— (2005b) "Theorizing Criminal law: a 25th Anniversary Essay", en *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 25, número 3, pp. 353-67.

— (2005c) "Who is Responsible, for What, to Whom?", en *Ohio State Journal of Criminal Law*, volumen 2, pp. 441-61.

DUFF, A., FARMER, L., MARSHALL, S. y TADROS, V. (2007) *The Trial on Trial: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Portland, Hart Publishers.

- DUFF, R. y MARSHALL, S. (1996) *Penal Theory and Practice*. Manchester, Manchester University Press.
- DZUR, A. y MIRCHANDANI, R. (2007) "Punishment and Democracy: The Role of Public Deliberation", en *Punishment and Society*, volumen 9, número 2, pp. 151-75.
- ELSTER, J. (1986) "The market and the forum" en Elster, J. y Hylland, A., *Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 103-132.
- (ed.) (1998) *Deliberative Democracy*. Cambridge, Cambridge University Press.
- ESTLUND, D. (2009) *Democratic Authority*. Princeton, Princeton University Press.
- FEINBERG, J. (1965) "The Expressive Function of Punishment", en *The Monist*, volumen 49, pp. 397-423.
- GARLAND, D. (2001) *The Culture of Control-Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford, Oxford University Press.
- GOODIN, R. (1986) "Laundering Preferences", en J. Elster y A. Hylland, eds., *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge: Cambridge University Press.
- GREEN, D. (2006) "Public Opinion Versus Public Judgement About Crime", en *British Journal of Criminology*, volumen 46, pp. 131-54.
- GUTMAN, A. y THOMPSON, D. (2004) *Why Deliberative Democracy?*. Princeton, Princeton University Press.
- GREENWOOD, P., RYDELL, C., ABRAHAMSE, A., CAULKINS, J., CHIESA, J., MODEL, K. y KLEIN, S. (1994) "Three Strikes and You're Out: Estimated Benefits and Costs of California's New Mandatory-Sentencing Law". Consultado en [http://www.rand.org/pubs/monograph_reports/MR509] el 25.02.2015.
- HABERMAS, J. (1992) *Between Facts and Norms*. Cambridge/Massachusetts, MIT Press/Blackwell Press, 1996.
- HAMPTON, J. (1984) "The Moral Education Theory of Punishment", en *Philosophy and Public Affairs*, volumen 13, número 3, pp. 208-38.
- JOHNSTONE, G. (2000) "Penal Policy Making: Elitist, Populist or Participatory?", en *Punishment & Society*, volumen 2, 161-80.
- LOADER, I. (2006) "Fall of the 'Platonic Guardians'. Liberalism, Criminology and Political Responses to Crime in England and Wales", en *British Journal of Criminology*, volumen 46, pp. 561-86.
- LOADER, I. y SPARKS, R. (2011) "Criminology and Democratic Politics: A Reply to Critics", en *British Journal of Criminology*, volumen 51, pp. 734-38.

LUSKIN, R., FISHKIN, J. y JOWELL, R. (2002) "Considered Opinions: Deliberative Polling in Britain", en *British Journal of Political Science*, volumen 32, pp. 455-87.

MARTÍ, J. L. (2009) "The Republican Democratization of Criminal law and Justice", en BESSON, S. y MARTÍ, J. L. (eds) *Legal Republicanism*. Oxford, Oxford University Press, pp. 167-86.

NINO, C. (1996) *The Constitution of Deliberative Democracy*. Connecticut, Yale University Press.

— (1996b) *Radical Evil on Trial*. New Haven, Yale University Press.

— (1980) *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires, Astrea.

— (1984) *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires, Paidós.

PETTIT, P. (1997) "Republican Theory and Criminal Punishment", en *Utilitas*, volumen 9, número 1, pp. 59-79.

— (1997b) *Republicanism*. Oxford, Oxford University Press.

— (2002) "Is Criminal Justice Politically Feasible?", en *Buffalo Criminal Law Review*, volumen 5, número 2, pp. 427-50.

— (2012) *On the People's Terms. A Republican Theory and Model of Democracy*. Cambridge, Cambridge University Press.

PRATT, J. (2007) *Penal Populism. Key Ideas in Criminology*. London, Taylor & Francis.

RAWLS, J. (1971) *A Theory of Justice*. Cambridge, Harvard University Press.

— (1991) *Political Liberalism*. New York, Columbia University Press.

ROBERTS, J. y HOUGH, M. (eds.) (2002) *Changing Attitudes to Punishment: Public Opinion, Crime and Justice*. Cullompton, Willan.

— (2002b) "Public Attitudes to Punishment: The Context", en Roberts, J. y Hough, M. (eds.), *Changing Attitudes to Punishment: Public Opinion, Crime and Justice*, Cullompton, Willan, pp. 1-14.

ROBERTS, J., STALANS, L., HOUGH, M. y INDERMAUR, D. (2003) *Penal Populism and Public Opinion. Lessons from Five Countries*. Oxford, Oxford University Press.

RYAN, M. (1999) "Penal Policy Making Towards the Millennium: Elites and Populists; New Labour and the New Criminology", en *International Journal of Sociology of Law*, volumen 27, pp. 1-22.

STOLZENBERG, L. y D'ALESSIO, S. (1997) "Three Strikes and You're Out: The Impact of California's New Mandatory Sentencing Law on Serious Crime Rates", en *Crime and Delinquency*, volumen 43, número 4, pp. 457-69.

WALDRON, J. (1994) "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues", *California Law Review*, volumen 82, pp. 509-40.

ZIMRING, F., HAWKINS, G. y KAMIN, S. (2001) *Punishment and Democracy. Three Strikes and You're Out in California*. Oxford, Oxford University Press.