

Prof. Dr. Paredes Castañón

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Oviedo. Patrono de la FICP

~El papel de los expertos y de la “voluntad popular” en la política criminal contemporánea~

I. EL PENALISTA Y EL DIPUTADO

Comenzaré mi exposición planteando una situación concreta, perfectamente realista: con ocasión de que el gobierno de turno impulse en las Cortes Generales una enésima reforma del Código Penal, agravando –por ejemplo- las penas de los delitos de abusos sexuales a menores, un penalista español y un diputado de la mayoría parlamentaria participan en un coloquio en cualquier medio de comunicación. El penalista, muy crítico con la reforma, aduce que las nuevas penas propuestas son, de una parte, completamente innecesarias e inútiles, a la luz de las características criminológicas de la delincuencia sexual contra menores; y que, además, dada su extensión, resultan notoriamente desproporcionadas, por excesivas. Frente a estos argumentos, el diputado de la mayoría replica que existe un estado generalizado en la opinión pública (reflejado en artículos publicados en los medios de comunicación, en iniciativas de recogida de firmas de asociaciones de víctimas, en cartas y mensajes de apoyo de diversas asociaciones y entidades llegados a la Cámara) favorable al incremento de penas que se propone; y que, además, existe un amplio consenso entre la mayoría de los grupos parlamentarios (sólo algunos pocos diputados de la izquierda no participan del mismo) para impulsar la reforma propuesta.

Sin duda, los dos intervinientes en el coloquio relatado aportan argumentos para justificar (o negar la justificación) de la reforma legislativa propuesta. Pero es obvio que la naturaleza de los argumentos de cada uno de ellos es completamente diferente. Así, mientras que el penalista crítico argumenta en torno al contenido de la norma jurídica propuesta, para criticarlo, a la luz de ciertos criterios de valoración (que reputa indiscutibles), el político argumenta de un modo distinto: no entra a discutir el contenido de la norma, sino que aduce que la misma –y su contenido- gozan de un generalizado respaldo; en concreto, del respaldo de aquellos agentes (opinión pública, votantes, partidos políticos) cuyo consentimiento constituye la fuente de la legitimidad política de las decisiones adoptadas por los órganos del Estado. De este modo, las dos

clases de argumentos difícilmente se encuentran: uno argumenta que el contenido de la norma ha de valorarse negativamente, a la luz de ciertos criterios de valoración que no deben ser discutidos; el otro, que la misma resulta políticamente legítima, por lo que hay buenas razones para aceptarla y para obedecerla, *con independencia de su contenido*.

II. EL PROBLEMA: RACIONALIDAD POLÍTICO-CRIMINAL Y AUTORIDAD

La cuestión que se suscita en este ejemplo, y sobre la que va a versar mi trabajo, es justamente la de la relación entre “voluntad popular” y racionalidad político-criminal. El de la tensión, pues, que existe entre los dos términos (que fueron puestos ya en relación –y contrapuestos- en el conocido adagio de Thomas HOBBS: “*Auctoritas, non veritas facit legem*”).

El problema puede ser presentado en términos puramente teóricos, de filosofía política y de teoría de la justicia: como el de los pesos respectivos, y comparativos, que deben tener la legitimidad de origen (*auctoritas*) y la racionalidad del contenido (*veritas*) en la factura de la ley penal y en su valoración. O bien puede plantearse desde una perspectiva más práctica, como un problema de diseño institucional: cómo lograr que el proceso legislativo permita –primero- y favorezca –además- que las leyes penales que en él se creen contengan las suficientes dosis de representatividad (de la soberanía popular) y de racionalidad (vale decir: de justicia, de eficiencia y de eficacia de la acción represiva del Estado), puesto que ambos elementos parecen imprescindibles para que la ley resulte aceptable.

III. BASARSE EN LA REALIDAD

Conviene, sin embargo, antes de dejarse arrastrar a la discusión de índole normativa (a la que volveré al final), dar un paso atrás, para echar un vistazo sobre la realidad: sobre la verdadera realidad, quiero decir, de cómo se definen las políticas criminales y el contenido de las leyes penales. Una realidad verdadera que incluye tanto los hechos (acerca de la delincuencia, del delito y del sistema penal) que están científicamente verificados como las creencias sobre esos mismos tópicos que no resisten ningún análisis serio, pero que, no obstante, por ser ampliamente compartidas, poseen efectos causales también reales. Una realidad verdadera que incluye, pues,

ambos elementos (los discursos y la realidad empírica), pero que distinga entre ellos y no los pone al mismo nivel.

Pienso que este vistazo sobre lo que está pasando realmente servirá para que, luego, podamos encarar el debate normativo con mayor tranquilidad. Para disolver muchos falsos dilemas, que –contra lo que se suele pensar- verdaderamente no lo son, o poseen una solución fácil. Porque adelanto ya cuál será mi tesis: que se puede y se debe transitar por ese delgado filo de la navaja, entre el voluntarismo puro (*vox populi, vox dei*), que abocaría a la irracionalidad de la ley, y el racionalismo puro, que conduce a una tecnocracia de las peores (de aquellas en las que el poder se otorga a sedicentes expertos que, en realidad, luego revelan no serlo tanto, pero entretanto han suprimido la igualdad efectiva de todas las voces). Que, en definitiva, la cuestión es de equilibrio: de determinar un punto en el que sea posible garantizar que las leyes posean suficiente legitimidad de origen, pero también suficiente racionalidad por lo que hace a su contenido.

Una descripción que tiene que incluir tanto las realidades materiales (la praxis de cómo se elaboran y se aplican las políticas criminales reales) como los discursos que los diversos agentes sociopolíticos elaboran y propagan acerca de dichas cuestiones. Pero una descripción que (a diferencia de lo que he dicho que ocurre generalmente en las explicaciones pseudo-funcionales del populismo punitivo) no confunda los discursos con las realidades materiales: que no acepte, pues, por su valor nominal los discursos que circulan por la sociedad acerca de cuestiones penales, sino que mantenga el saludable escepticismo y espíritu crítico que cualquier científico social debe adoptar como actitud metodológica, cuando se dedica a escuchar el modo en el que los sujetos participantes en una determinada práctica social (aquí, las prácticas político-criminales) se describen a sí mismos, a sus acciones y al entorno en el que actúan.

En efecto, parece evidente que, hablando en términos generales, no es posible dar por efectivamente realizado en la vida social real todo aquello que los agentes proclaman como su intención. Mucho menos, desde luego, en un ámbito tan mediado por el engaño y la seducción (por la propaganda, en suma) como es el de la política. Y, sin embargo, no es infrecuente que (seguramente horrorizados por los disparates que tienen que escuchar –aturdidos, pues, ellos también, por la propaganda) muchos críticos de las políticas criminales punitivistas tomen por políticas efectivas lo que no son más

que declaraciones de intenciones, expresiones emocionales o incluso expresiones propagandísticas completamente vacuas.

La investigación criminológica nos muestra, en cambio, que existen profundas discrepancias entre los discursos que predominan en el debate político partidista y ante la opinión pública (*politics*) y las praxis político-criminales efectivas (*policy*) que son diseñadas y aplicadas (muchas veces, incluso, por parte de los mismos líderes políticos, fiscales o responsables policiales que en el debate político declaran otras intenciones). Y que existe un elevado nivel de aislamiento entre el primer momento y el segundo, de manera que la praxis político-criminal es, por razones tanto estructurales (la organización de la justicia penal, las regulaciones legales, las limitaciones presupuestarias, etc.) como culturales (las culturas organizativas y profesionales de los operadores del sistema penal), mucho más resistente al cambio –también al cambio punitivista- de lo que podría pensarse. Y, en fin, que, incluso cuando se intenta aplicar aquello que se prometió (más penas, “mano dura”, “cumplimiento efectivo”, etc.), las circunstancias políticas y los obstáculos estructurales y culturales rara vez permiten otra cosa que algunos magros resultados, debido a la falta de constancia, de recursos, de estrategia, de apoyo político, a la resistencia burocrática, a la resistencia social,...

Todo esto, por supuesto, no quiere decir que los discursos punitivistas resulten, cuando no son aplicados efectivamente en su momento, inanes, que no produzcan efecto alguno. Al contrario, producen cuando menos un efecto muy importante: ir transformando, lenta, pero (si no son combatidos, mediante una propaganda política contraria) indefectiblemente, la cultura política. Creando así las condiciones para que, en el medio plazo, las resistencias de la praxis político-criminal a los objetivos punitivistas se vea erosionada, y dicha praxis sea también verdaderamente transformada. No obstante, mientras tanto, mientras ese fatal momento llega, deberíamos seguir siendo capaces de distinguir entre lo que se dice que se va a hacer y lo que luego se hace realmente.

IV. EL DISCURSO POLÍTICO-CRIMINAL PUNITIVISTA

¿Qué es lo que se dice? Si intentamos presentar una descripción más o menos completa del discurso punitivista como ideología, creo que podríamos hacerlo a partir de las siguientes piezas (que pueden identificarse en discursos políticos, mensajes de los medios de comunicación y contenidos elaborados y difundidos por la industria cultural):

— El delito por antonomasia (para el que hay que diseñar las políticas criminales) es el delito callejero y violento.

— El delincuente por antonomasia (para el que hay que diseñar las políticas criminales) es un depredador violento, completamente extraño a nosotros (miembros de la comunidad), a quienes aterroriza y a quienes está acechando, a la espera de su oportunidad.

— El delito admite una explicación fundamentalmente volitiva: el delincuente lo es principalmente porque decide serlo.

— El castigo al delincuente está siempre moralmente justificado.

— Además, el castigo al delincuente, si se aplica en la medida adecuada, es efectivo para impedir que delinca (o vuelva a delinquir).

— La víctima del delito es característicamente inocente, indefensa, sin voz.

— Todos somos víctimas potenciales: si no de hecho, al menos sí por nuestra capacidad de empatía, para ponernos en su lugar. Las víctimas merecen toda nuestra solidaridad.

— El Derecho Penal es un juego de suma cero: lo que se da al delincuente se le quita a la víctima.

— La falta de atención a los deseos y necesidades de la víctima son síntomas de la ineficacia del Estado, que deben ser combatidos.

— El buen líder político es el que se atribuye la condición de defensor de las víctimas.

— El buen líder político es un acusador, un fiscal.

— Un buen líder político es “duro con el crimen”: cuanto más duro, mejor líder. (Aunque, claro, compitiendo por ser más duro, siempre hay alguien que logra aparecer como más duro que uno mismo...)

— Si la represión penal no funciona, es por la ineficacia del Estado (y de sus funcionarios). Si estos se esforzaran más...

— Sería deseable que la “conmoción social” ocasionada por el delito fuese un criterio a tener en cuenta a la hora de adoptar aquellas decisiones que son discrecionales, tanto por parte de la policía y de la fiscalía como en sede judicial y en

sede penitenciaria. Los casos penales deberían, pues, ser examinados y resueltos a la luz del efecto colectivo (estabilizador, tranquilizador –para la comunidad-, resarcitorio –para la víctima) que se supone que dicha solución posee; y no en virtud de sus propios méritos.

— El máximo de justicia consiste en equiparar lo más que sea posible la pena conminada en abstracto con la pena impuesta en concreto. Y ésta, a su vez, con la pena efectivamente cumplida. Hay que acabar, pues, con los sustitutivos penales y con los beneficios penitenciarios.

— La cárcel es el vertedero donde van a parar los desechos de la sociedad. Porque es lo único que se puede hacer con los delincuentes: apartarlos, para que no sean peligrosos.

V. CÓMO SE CONSTRUYE (SOCIALMENTE) EL PUNITIVISMO

Si comenzamos por la primera de las cuestiones, la explicativa, a estas alturas tenemos ya evidencia empírica suficiente para construir un modelo bastante fiable de cómo tiene lugar la construcción del discurso punitivista “de sentido común”, así como de por qué dicho discurso tiene serias dificultades para penetrar en las prácticas reales de la justicia penal (al menos, a corto plazo, mientras no es capaz de transformar las culturas profesionales de los agentes del sistema penal). Expuesto en sus líneas generales, dicho modelo sería como sigue:

10.1. Atención pública a las cuestiones criminales

Las cuestiones criminales reciben un nivel de atención constante por parte de la ciudadanía muy reducido. No obstante, se los considera importantes, de manera que la atención potencial, una vez que el tema es suscitado, es muy alta.

10.2. Politización: grados

La politización de las cuestiones criminales puede producirse en distintos grados:

- como una preocupación extendida, pero subyacente;
- como un tema de debate abierto en la agenda institucional;
- como propuestas específicas de reforma;
- en el caso extremo, como condición para apoyar o no a un candidato a un cargo.

10.3. Ambivalencia y sesgos en la opinión ciudadana

La opinión ciudadana sobre las cuestiones criminales y sobre la justicia penal es siempre ambivalente. Pues, al tiempo que opera efectivamente, el mito de la ineficacia y lenidad de la justicia penal, compiten con él otros mitos (como los de la redención, de los derechos, de la injusticia social, etc.), también populares.

Y, además, tampoco es uniforme, sino que está condicionada, además, en parte por el género, la etnia, la clase social, el nivel sociocultural, la edad y el lugar de residencia de quien opina.

10.4. Miedo al delito

El miedo al delito no es generalizado, a nivel personal (aunque esta afirmación ha de ser matizada, en función del género, edad y barrio de cada persona). Pero sí lo es la preocupación por el delito como problema social.

La experiencia de la victimización es antes simbólica (vicaria) que directa.

10.5. El papel de los medios de comunicación

Los medios de comunicación y la industria cultural son los principales mecanismos a través de los cuales se difunde entre la ciudadanía el discurso punitivista. Y ocurre que, en ellos:

— En términos cuantitativos, se da una cobertura desproporcionada a la delincuencia.

— En términos cualitativos, se cubren principalmente los delitos más infrecuentes; los delitos cometidos por extraños; los delitos cometidos por miembros de ciertas etnias y clases; los delitos cometidos contra ciertas víctimas (no representativas).

— Los delitos se cubren de forma episódica, no temática.

— Se emplean estereotipos (étnicos, de clase, de género).

— Se simplifican regularmente (presentando cursos causales sencillos y monocausales y atribuibles a factores claramente identificables e individualizables) problemas político-criminales que en realidad son complejos y se encuentran inmersos en dinámicas multicausales.

— La información e interpretación se apoya fundamentalmente en fuentes del sistema penal mismo.

— Predominan ciertos marcos cognitivos sobre otros: en concreto, en el caso de los discursos dirigidos a las masas (no así en editoriales o artículos de fondo), los marcos cognitivos que SASSON denomina “marco del sistema penal fracasado” (hay delincuencia porque el sistema penal no sabe tratarla adecuadamente) y “marco de la fractura del pacto social” (hay delincuencia porque ya no se respetan las normas como antes).

10.6. La industria cultural

Además, en el caso concreto de la industria cultural (especialmente, la parte de ésta más orientada hacia un público de masas: literatura con vocación más comercial, cine, televisión, etc.), existe amplia evidencia de que: a) el crimen está sobrerrepresentado; b) el policía aparece habitualmente como el héroe; y c) el crimen violento aparece como el paradigma del delito.

Está demostrado que el público más expuesto a la información (sesgada) acepta con mayor facilidad una percepción alterada de la realidad criminológica, y la concepción de que hay que ser “duros con el crimen”.

10.7. La constitución de la “opinión pública”

Los sujetos crean su opinión (la opinión pública se crea) recurriendo a marcos cognitivos para explicar los fenómenos sociales. Los sujetos recurren principalmente a aquellos marcos cognitivos que les resultan más fácilmente disponibles, accesibles. Para ello, hay tres clases de recursos disponibles: “sabiduría popular” (esto es, la tradición cultural asentada), experiencias personales, discursos de los medios e industria cultural. El grado de disponibilidad de dichos recursos y de los marcos cognitivos correspondientes depende de: constantes culturales, la clase social, la etnia, el lugar de residencia (campo o/ ciudad, en qué barrio,...), inserción familiar, medios de comunicación accesibles, tipo de consumo cultural. La elección de un marco deriva de una combinación de intereses (en autoubicarse), de interacción con los demás y de proyección de obsesiones culturales.

Cuáles sean los recursos disponibles, y cuál la combinación de ellos que dé lugar a la opinión pública, es algo que depende en buena medida (cuando, como es el caso de los países occidentales desarrollados, las constricciones estructurales son similares) de la cultura política hegemónica en cada sociedad: grado de competitividad política (o de

consensualismo), competitividad entre los medios de comunicación y tipología de su público, etc..

10.8. Discontinuidades entre los aspectos simbólicos y los operativos

Existe una ventaja evidente en la explicación volitiva desde el punto de vista político (de la política simbólica: *politics*): permite presentar una visión simplificada del problema de la delincuencia y de sus posibles soluciones, el mito del crimen y el castigo. Sin embargo, esta ventaja desaparece cuando se pasa de lo simbólico a lo operativo (a la *policy*): en este ámbito, las complejidades y ambivalencias de la evidencia criminológica recobran su relevancia (para el profesional, encargado de aplicar políticas criminales).

10.9. Los grupos de presión

Los únicos que prestan una atención constante a las cuestiones criminales son determinados lobbies: sindicatos policiales, empresas de seguridad privada, asociaciones de comerciantes, movimientos sociales,... Son los elaboradores de demandas, los empresarios morales (que lanzan iniciativas para cambiar las políticas criminales existentes).

10.10. Iniciativas punitivistas

Los intentos de politizar las cuestiones criminales suele proceder de esos sectores específicos. Suelen ser resistidos, en principio, por los operadores del sistema penal, y con frecuencia también por las élites políticas. E igualmente, en el caso de que existan, por aquellos grupos sociales temerosos de convertirse en víctimas de la política de “dureza con el crimen”: minorías étnicas, sexuales, etc. (siempre que sean políticamente relevantes).

10.11. Pánicos morales

El “pánico moral” es el mecanismo (ideológico) a través del cual la atención de la ciudadanía es concentrada, en un determinado momento, sobre una cierta tipología de víctima, de delito y de delincuente. El pánico moral es un fenómeno social generalizado de miedo (emocionalmente cargado) a la amenaza constituida (supuestamente) por la conducta de ciertos sujetos desviados.

Los elementos del pánico moral son, pues, la existencia de una preocupación (emocionalmente cargada); la personificación del problema en ciertos sujetos (“*folk*

devils”), estereotípicos, en los que se concentra la hostilidad; la existencia de un consenso generalizado acerca de la existencia de un auténtico problema y de que “hay que hacer algo” para solucionarlo; la desproporción de la reacción (en atención a la gravedad real del problema); y la volatilidad del miedo.

El pánico moral constituye, pues, un mecanismo ideológico: un mecanismo de desviación de ansiedades, de problemas reales graves e irresolubles, hacia problemas (inexistentes, o reales, pero menores) simples (simplificados: identificándolos con un grupo de sujetos desviados).

La secuencia causal a través de la cual tienen lugar los pánicos morales parece ser la siguiente:

— Existencia de determinadas ansiedades sociales (ambiente social que lo propicia).

— Existencia de un grupo de interés que lo promueve.

— Los líderes sociales, detentadores del poder filtran el pánico, amplificándolo o reprimiéndolo.

— Los medios son la herramienta con la que se construye el discurso del pánico moral (se pone el tema en la agenda): se construye una “realidad” (falsa, pero) verosímil. Lo suficientemente alejada de la experiencia inmediata del público como para poder ser creída, pero lo suficiente próxima a dicha experiencia para aprovechar sus ansiedades.

— El papel de la ciudadanía es el de la reacción populista: frente a los desviados (los –supuestos- responsables de la amenaza), y/o frente a “la élite” (que “no hace nada” para evitar el –supuesto- mal), o frente a los dos. Porque tanto unos como otros pueden llegar a ser considerados los “verdaderos” responsables de la amenaza.

10.12. Electoralismo en las cuestiones criminales

En este contexto, la tentación de emplear las cuestiones criminales y la política criminal como armas de propaganda política es grande.

No hacen falta elevadas tasas de delincuencia para que la cuestión criminal se politice. Los incrementos en la delincuencia pueden “echar a rodar la bola”, provocar el

inicio de la cadena causal. Pero, luego, el camino que siga el proceso resultará ya independiente de la evolución de la delincuencia.

El incremento (o pretendido incremento) de la delincuencia es presentado a través de ejemplos particulares, especialmente horribles y llamativos (siempre de crimen callejero: depredadores extraños actuando sobre personas decentes). Con ello, el caso anecdótico es convertido, ante los ojos del público, en la categoría usual de crimen. Este es el escenario que genera el miedo al delito.

El aprovechamiento político de la delincuencia se limita a aprovechar este contexto social: se trata, pues, de una conducta meramente oportunista (que, sin embargo, puede reforzar el proceso). Una conducta oportunista que, sin embargo, puede ser sincera (puede que el político esté convencido de que hay un problema con la delincuencia, que debe ser afrontado), o bien puramente cínica (si el político sabe que no hay tal problema, pero, a pesar de ello, decide aprovecharse del ambiente social favorable).

Utilizar electoralmente el delito es una tentación constante: al público le preocupa, por lo que es fácil alcanzar audiencia y apoyos; el mito del crimen y el castigo proporciona una propuesta clara y simple que plantear; y la coartada de la lucha contra el crimen vuelve a la opinión pública más permisiva con el uso (y abuso) de dinero y autoridad por parte del político.

Una vez lanzado el tema de la delincuencia en el ámbito de la lucha electoral, no es probable que ningún político se atreva a plantear propuestas alternativas a las que dicta el mito, pues sería extremadamente arriesgado para él.

En el discurso electoralista sobre el crimen, los malos son los jueces; los buenos, los policías. (Las víctimas aparecen siempre tan sólo en el trasfondo.)

10.13. Contra los conspiranoicos

En realidad, las oleadas de campañas punitivistas no obedecen a una estrategia común, sino a una confluencia de estrategias: los medios, con su búsqueda de público; los políticos, en su búsqueda de votos; las agencias del sistema penal, en su búsqueda de protagonismo, libertad de acción y presupuesto. Tanto políticos como medios operan de forma cíclica. Los únicos que operan como un lobby constante con objetivos claros son las agencias del sistema penal.

VI. ¿“DEMOCRACIA EN ACCIÓN”?

A tenor de lo acabado de exponer, podemos, pues, dar por muertos (por carentes de cualquier justificación epistemológica plausible) dos mitos sobre los que pretende fundarse el discurso punitivista “de sentido común”. En efecto:

— Ni el desenvolvimiento del discurso punitivista, y de sus demandas de modificación de las prácticas político-criminales, posee, de una parte, conexión demostrable alguna con la evolución de las tasas de delincuencia. Antes al contrario, está firmemente demostrado que la evolución de ambas variables (punitivismo y delincuencia) son prácticamente independientes y evolucionan conforme a lógicas radicalmente diferentes.

— Ni, de otra, tampoco puede afirmarse seriamente que el discurso punitivista sea una manifestación de la “democracia en acción”: esto es, que sea un reflejo fiel de las creencias generalizadas entre los integrantes del pueblo soberano. Pues, por el contrario, se ha demostrado también que el discurso punitivista tiene autores y causas (micro-sociales) bien determinadas, que no tienen que ver necesariamente con lo que la mayoría de los electores piensan (que, en sí mismo, es siempre ambiguo, complejo, contradictorio), sino con lo que se hace pasar (mediante una magistral manipulación ideológica) por tal.

VII. EL PUNITIVISMO Y LOS EXPERTOS: ¿POPULISMO PUNITIVO?

Siendo esto así, hay que volver —para finalizar— sobre la cuestión normativa: sobre la (siempre problemática) relación que debe existir entre expertos, opinión pública y soberanía popular (del Poder Legislativo) en el diseño y en la evaluación de las políticas criminales.

En este sentido, parecería que el discurso punitivista es, asimismo, un discurso populista, en el sentido estricto en el que en ciencia política se emplea esta expresión: el populismo es un término político para designar corrientes heterogéneas, pero caracterizadas todas ellas por su aversión a las élites económicas e intelectuales, su denuncia de la corrupción política por parte de las clases privilegiadas y su constante apelación al “Pueblo”. En el caso del discurso punitivista, es también populista en la medida en que su retórica conlleva elementos de contraposición entre el (pretendido) “sano sentido común (punitivista) popular” y la forma “tramposa” (por alambicada y poco representativa) de los expertos.

De este modo, un elemento clave del discurso punitivista es la desconfianza y el desprecio, apenas disimulado, por la posibilidad de que los expertos, los profesionales puedan introducir filtros (basados en argumentaciones vistas como “tramposas”: las relativas a lo que es justo, razonable, eficaz,...) que manipulen y deformen la “voluntad popular”. Esto, en términos prácticos (es decir, cuando se pasa de la retórica a la política), se traduce –a veces- en una pérdida de influencia de los expertos y de los profesionales sobre el diseño y la evaluación de las políticas criminales.

Conviene, sin embargo, no perder de vista la realidad (más allá de los discursos): más que una marginación de los expertos y de los profesionales, lo que el discurso punitivista promueve es una transferencia de poder, entre distintos grupos de expertos. En concreto, promueve una transferencia de poder desde expertos independientes (en alguna medida) hacia expertos sujetos a la autoridad del Poder Ejecutivo. Así, se transfiere poder de los expertos externos e independientes (investigadores, intelectuales, etc.) en favor de los funcionarios. Y, de entre estos, se transfiere poder de los jueces y tribunales hacia la policía y la Administración. Es decir, lo que en la retórica aparece como una lucha (por el poder) entre expertos y “el pueblo”, en la práctica es más bien una lucha por apartar (lo más posible) a expertos y profesionales independientes de los procesos de toma de decisiones: a aquellos expertos y profesionales que son (más) independientes del poder político (de los partidos políticos, del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública).

Así pues, por lo que hace al papel de expertos y profesionales, la cuestión decisiva, más que la abstracta de la relación entre saber y poder, es la mucho más concreta del grado de independencia, de objetividad y de imparcialidad en las aportaciones que aquellos realicen al proceso de toma de decisiones político-criminales.

Que ello sea así es importante, me parece, para eludir un debate de principios acerca de la relación entre saber y poder (que es irresoluble en términos racionales). Por el contrario, si no se discute que las decisiones político-criminales deben ser adoptadas por quien ostente la autoridad suficiente, pero tampoco que es imprescindible la aportación del filtro de racionalidad que expertos y profesionales pueden proporcionar a las mismas, entonces la discusión normativa puede y debe concentrarse en aquello que es verdaderamente relevante: sobre las cuestiones del equilibrio entre lo uno y lo otro y del reparto de roles más adecuado en el proceso.

VIII. CRÍTICA DEL DISCURSO TECNOCRÁTICO

Las anteriores aclaraciones ayudan, me parece, a eludir una tentación que está siempre presente entre quienes –en tanto que teóricos- nos ocupamos de la problemática relación entre racionalidad política-criminal y democracia: la tentación tecnocrática. Una tentación en la que algunos caen sin más, de forma abierta. Así, hay quien (como, muy señaladamente, Franklin E. ZIMRING) opina que la clave de los problemas de irracionalidad ocasionados por la expansión del discurso punitivista “de sentido común” estriba, precisamente, en el debilitamiento que dicho discurso viene ocasionando tanto en la libertad de los expertos para adoptar decisiones racionales y como en su aislamiento respecto de la lucha política democrática (necesariamente participativa, abierta al debate y a la propaganda –y a la demagogia...). Y que, por consiguiente, la solución pasaría por reforzar dicho aislamiento y dicha libertad: por distanciar, en suma, al pueblo de las decisiones político-criminales.

La cuestión es, sin embargo, que tanto el análisis del problema como la solución que se propone para el mismo se revelan, en mi opinión, hartamente dudosos. En efecto, en primer lugar, hemos visto ya más arriba que, en realidad, el surgimiento y desarrollo del discurso punitivista no tiene tanto que ver con las creencias efectivas de los ciudadanos cuanto con ciertos fenómenos –eventuales, no necesarios- de la dinámica política en las democracias de masas: existencia de grupos de presión, papel de los medios de comunicación y de la industria cultural, relación entre líderes políticos, medios y electorado, etc. Así pues, en tanto esta dinámica no se transforme sustancialmente, parece que la única solución para evitar que –a veces- se produzcan brotes de punitivismo sería eliminar por completo las cuestiones político-criminales del ámbito de lo decidible democráticamente. Un precio muy elevado, demasiado, que no deberíamos estar dispuestos a pagar.

En segundo lugar, creo que no se debe poner al mismo nivel (como a veces parece hacer Zimring) el momento de la aplicación de la política criminal con los momentos de su diseño y/o evaluación. Pues pienso que la situación, desde el punto de vista valorativo, no es la misma. En concreto, me parece claro que el momento de la aplicación de las políticas criminales y del Derecho penal debe permanecer mucho más aislado de la presión de la opinión pública, por la sencilla razón de que en él se sustancian cuestiones que afectan necesariamente a los derechos fundamentales de los ciudadanos (sospechosos, detenidos, imputados, acusados, penados,..., pero también de

las víctimas, y a veces de terceros). Y porque, justamente, los derechos deben actuar, y ser preservados, como –en famosas palabras de Ronald DWORKIN- “triumfos” en manos de los individuos, para oponerlos a la voluntad de las mayorías. En cambio, en el momento del diseño y/o de la evaluación de las políticas criminales, lo que está en juego sobre todo son las cuestiones de la justicia y de la racionalidad instrumental de las decisiones sobre qué reprimir y cómo hacerlo. Aunque es posible –lo veremos a continuación- que la ciudadanía no tenga mucho que decir en relación con la segunda de las cuestiones, es obvio que sí que lo tiene, y mucho, respecto de la primera.

Tanto o más –en tercer lugar- que los expertos: no sólo por razones (políticas) de representatividad y de soberanía, sino también por razones de racionalidad. Pues no es que los expertos sepan más y decidan mejor (sobre cuestiones de justicia) que la ciudadanía: lo que ocurre, simplemente, es que deciden empleando métodos y estilos diferentes.

En efecto, no creo que sea justo contraponer –como hace ZIMRING- el “puro poder” (arbitrario), propio del punitivismo “populista”, a la (pura) “razón”, propia del experto. Y ello, porque dicha contraposición se presenta, en tales términos, como si nunca hubiese existido Michel Foucault: esto es, como si a estas alturas fuese todavía posible ignorar (de un modo inocente, no cínico) las íntimas relaciones que existen entre las formas de saber y las formas de poder. Que afirmar que una determinada acción es razonable y que, porque lo es, debe ser realizada (y no otra cualquiera), no constituye un ejercicio de razón pura, sino de racionalidad práctica, que siempre va unida (en cuanto a sus fundamentos, a su contexto y a sus consecuencias) a actos de poder. Que el experto (el experto que propone políticas), pues, no es tan sólo un teórico, sino (también) un tecnócrata: alguien que ejerce poder, sobre otros y conforme a una determinada lógica.

Es cierto que la lógica del poder del tecnócrata es más racional que la del poder puramente soberano. O, por decirlo otra vez con FOUCAULT: el poder puramente soberano es un poder orientado hacia la disciplina de los cuerpos a él sometidos (y, en el extremo, a darles la muerte: es un poder necropolítico), que gira en torno al simbolismo. Mientras que el poder del experto es un poder racionalizador, un poder orientado hacia el control y la gestión de la vida (un poder biopolítico, pues). Gestión de la vida que se esfuerza en economizar los recursos necesarios para ejercer el poder y en optimizar los resultados de dicho ejercicio (apoyándose para ello en el conocimiento). Ello, sin embargo, en nada garantiza que la decisión biopolítica del experto (sin duda, más

racional desde el punto de vista instrumental, más económica) resulte necesariamente también más justa.

Mi opinión, por consiguiente, es que es preciso intentar distinguir, en el ámbito del debate político-criminal (sobre el diseño y evaluación de políticas criminales, no sobre su aplicación a casos concretos) aquellas cuestiones que tienen más que ver con la justicia (con la moral y con la política, por lo tanto) de aquellas otras que tienen más que ver con la racionalidad instrumental (realizabilidad, eficacia, eficiencia). Que en relación las primeras es preciso reconocer sin más que la autoridad sobre las mismas debe corresponderle, en un régimen político (mínimamente) democrático, al soberano: esto es, al pueblo. (No al legislador. No directamente, al menos, sino, en todo caso, únicamente de forma indirecta, por delegación. El matiz, como veremos a continuación, es importante.) Y que, por consiguiente, por lo que hace a las cuestiones de justicia, el papel del experto sólo puede y debe ser –a lo sumo- el de consejero, carente de cualquier poder de decisión (aunque no necesariamente de autoridad: no política, sino teórica).

En cambio, propondré que, en el caso de las cuestiones de racionalidad instrumental, el papel del experto debe ser mayor. Y ello, porque una legislación que se pretenda justa debe también, para serlo, resultar (mínimamente) racional desde un punto de vista instrumental. Y, para lograrlo, resulta imprescindible la aplicación de conocimientos teóricos, que usualmente están en manos de los expertos.

IX. SOBERANÍA POPULAR Y DEBERES DE JUSTICIA

Como acabo de exponer, mi opinión es que no existe ninguna razón normativa que resulte convincente (si se aceptan los presupuestos mínimos de la justificación de la democracia como régimen político) para pretender sustraer al soberano las decisiones acerca de qué política criminal es la más justa. De manera que en ningún caso me parece que pueda estar justificada una solución que pase por aislar tales decisiones de la soberanía popular.

Ahora bien, afirmar lo anterior no significa aceptar (como si se tratase de un paquete conjunto e inseparable) toda una serie de consecuencias añadidas, que muchas veces se suelen (cuando menos, en el discurso punitivista –que, como veíamos, se pretende “populista”) dar por necesarias y que, sin embargo, en mi opinión no lo son.

Así, en primer lugar, afirmar que la autoridad para la definición de lo que es justo en materia político-criminal debe estar en manos del pueblo soberano no significa dar por buena sin más la tesis, diferente, de que lo que la mayoría de la opinión pública (determinada a través de algún medio empírico disponible) opine en cada momento, sobre qué delitos deben existir y qué sanciones debe haber para los mismos, es lo que debe plasmarse efectivamente en las políticas criminales y en la legislación. Y ello, porque en realidad no existe ninguna razón moral sólida que permita pasar del hecho de una opinión pública (determinada como) mayoritaria, en un momento y lugar dados, a la proposición normativa de que tal estado de opinión deba reflejarse directamente en las leyes.

Por consiguiente, es importante distinguir, en este caso, cuidadosamente entre la cuestión fáctica y la cuestión normativa. Desde el punto de vista fáctico, es evidente que (así reza uno de los presupuestos básicos de la concepción positivista del Derecho) la norma jurídico-penal lo es (y, más en general, la política criminal constituye una política pública) en virtud de hechos, sociales, institucionales: del hecho de que ciertos órganos que gozan de autoridad reconocida para ello decidan, conforme a ciertos procedimientos, reconocer como –respectivamente- “Derecho” o “política pública” ciertas decisiones, con un determinado contenido normativo, y no otro. En cambio, cuando se trata de determinar qué Derecho y qué política criminal tiene derecho (moral) el pueblo soberano a dictar, entonces la respuesta es la misma que le daríamos a un monarca o a un déspota: solamente una política y un Derecho justos; esto es, justos conforme a criterios intersubjetivamente aceptables y críticamente considerados.

El pueblo puede, pues, crear cualquier Derecho y cualquier política criminal. Pero no debe (si quiere ser justo): debe respetar los principios y reglas propios de una ética crítica. Tal es la esencia de mi tesis.

O, expresado en otros términos: el hecho de que una ley o una política tengan origen en la voluntad popular no exime a su autor –el pueblo soberano- de la obligación de justificar su decisión en términos morales. No le exime, al menos, si ese pueblo pretende ser justo, y no renuncia por principio a la pretensión de serlo. Es decir, también en el caso de las entidades colectivas, la acción implica responsabilidad moral. Es preciso, pues, predicar la responsabilidad que el soberano adquiere cuando se actúa, a través de la política criminal, en su nombre. Y, al igual que en el caso de cualquier otra acción, cualquiera tiene derecho a pedir cuentas al pueblo, en nombre de los valores

morales más importantes (señaladamente, el de justicia) por qué, cómo y con qué límites se administra represión y “justicia penal” en su nombre.

En segundo lugar, pienso que es importante resaltar cuál es la relación de responsabilidad moral que se establece cuando se decide adoptar una determinada política criminal: la responsabilidad moral es imputable al soberano, porque es en su nombre en el que se deciden las políticas (unas políticas que afectan a los derechos y al bienestar de las personas) y en el que las mismas van a ser puestas en práctica.

Así pues, la responsabilidad moral principal por las actuaciones concretas que se llevan a cabo en ejecución de una determinada política criminal no es (en primera instancia, cuando menos) del legislador (y menos aún de los jueces u otros aplicadores del Derecho): es del pueblo soberano, en cuyo nombre se legisla. Es a él a quien se puede y se debe imputar la responsabilidad, tanto de lo bueno como de lo malo, que de las políticas criminales resulte.

A mi entender, esta idea no es baladí. Por el contrario, debe servir para dos cosas: primero, para transmitir un mensaje que contribuya a educar a la ciudadanía, en sus responsabilidades y deberes (a mí, como ciudadano, me importa qué se hace en mi nombre); y segundo, para orientarnos a la hora de proponer medidas de diseño institucional. Pues, en efecto, creo que –como a continuación sugeriré– mucho se puede ganar en este sentido si se tiene claro que puede haber medidas de tal índole que favorezcan la conciencia popular acerca de dicha responsabilidad moral (y, consiguientemente, una administración más racional y prudente de la potestad punitiva), aunque ello signifique limitar ciertas potestades del Poder Legislativo. Para un demócrata radical (como quien suscribe), tal hecho no debería ser óbice.

X. UN DISEÑO INSTITUCIONAL QUE FAVOREZCA LA JUSTICIA

Si se aceptan las tomas de posición acabadas de exponer, entonces los problemas que se plantean son los usuales en el ámbito de la ética pública: primero, el de elaborar principios y reglas morales que sean merecedoras de ser ampliamente compartidas por la ciudadanía; y, segundo, el de elaborar un diseño institucional que favorezca la aparición y la aplicación de tales reglas. Sobre la primera de las cuestiones, la de los criterios de justicia, nada diré aquí, puesto que es un tema hartamente complejo, del que además me he ocupado ya por extenso en ocasiones anteriores.

Sí quiero, en cambio, realizar alguna observación en relación con los problemas de diseño institucional. Ante todo, conviene llamar la atención sobre el hecho demostrado de que los mecanismos deliberativos (los reales, no los que se idean en las obras de los teóricos) tienen dificultades importantes para preservar, en sus discusiones, dos condiciones que, sin embargo, son básicas para lograr cualquier mínimo de justicia en una política pública o en una norma jurídica dada: la consistencia y la universalizabilidad de los criterios de justicia empleados. Así, en ausencia de condiciones correctoras, es probable que cualquier procedimiento deliberativo acabe por producir decisiones injustas, cuando menos por resultar contradictorias o por no ser imparciales.

De este modo, la cuestión que se plantea es la de qué medidas de diseño institucional pueden ponerse en práctica para reducir tales riesgos y, más en general, para favorecer que las decisiones en materia político-criminal que se adopten en nombre del pueblo (de un pueblo que no desee renunciar a ser justo en sus decisiones y políticas) sean justas, lo más justas posibles.

Aunque sin duda habrá más, algunas pueden ser enumeradas ya aquí:

— Promover la transparencia de los contenidos de los programas electorales, así como mecanismos de exigencia de rendición de cuentas acerca de su grado de cumplimiento (o incumplimiento).

— Promover la creación de grupos de presión en favor de la reforma penal que anuden amplias alianzas a lo largo de todo el espectro social y político.

— Introducir mecanismos de control de la actuación de los grupos de presión.

— Promover y empoderar (dándoles voz) a los movimientos de personas afectadas por las políticas criminales punitivistas: de penados, de minorías étnicas, de inmigrantes, de barrios marginados, etc.

— Promover la educación popular sobre cuestiones criminales.

— Promover la transparencia del procedimiento legislativo.

— Promover procedimientos participativos y deliberativos con participación popular.

— Promover la regulación y el pluralismo (derecho de acceso, códigos de autorregulación, limitaciones en la propiedad, ética profesional, derechos de los periodistas, etc.) de los medios de comunicación.

En todos estos instrumentos institucionales (para promover una deliberación crítica y participativa acerca de la reacción represiva justa), el papel de los expertos debería ser tan sólo el de meros participantes (cualificados, a lo sumo, en razón de su autoridad teórica –que en absoluto equivale a autoridad práctica).

En definitiva, mi propuesta de diseño institucional se basa en una hipótesis. Hipótesis que, como cualquier explicación sobre las causas de hechos (sociales), está aún pendiente de validación empírica. Y que, de ser cierta (de ser una parte relevante de la explicación del fenómeno del "populismo punitivo"), poseería implicaciones importantes también en el plano normativo: en la orientación de los movimientos que se oponen a dicha perniciosa tendencia. Mi hipótesis se apoya en la evidencia criminológica que establece que: a) no es cierto que la mayoría de la ciudadanía sea particularmente punitivista; b) las decisiones políticas y reformas legislativas que dan lugar a una expansión irracional del Derecho Penal obedecen inicialmente a procesos propios del sistema político (incluyendo los medios de comunicación) que a auténticas demandas sociales. Mi hipótesis reza, entonces, que el "populismo punitivo" ha de ser visto como la manifestación, en el ámbito de la política criminal, de la baja calidad de la democracia. Como una estrategia (más exactamente: como una confluencia de estrategias de diferentes actores –grupos de presión, líderes políticos, medios de comunicación,...) a través de la cual se desvían las ansiedades existentes acerca de problemas reales graves e irresolubles, hacia problemas (inexistentes, o reales, pero menores) más simples (y, además, simplificados, al atribuir la responsabilidad por los mismos a ciertos sujetos –“*folk devils*”- y su solución a la incriminación). Una confluencia de estrategias que es casual, pero que se ve favorecida por las constricciones estructurales del sistema político: por las limitaciones a la participación democrática efectiva que hacen que un régimen representativo sea más elitista que participativo, por el hecho de que muchas voces y muchos intereses no tienen la oportunidad de acceder efectivamente, y en igualdad de condiciones, a la esfera pública, por lo que sólo algunas –justamente, las de los promotores del punitivismo- se oirán con (mayor) claridad.

Y predigo, entonces, que cuanto más baja sea dicha calidad (menos próximos estemos a una "democracia real": una en la que la ciudadanía tiene oportunidades efectivas, frecuentes e igualitarias de participación en la adopción de decisiones políticas, y en la que sus representantes efectivamente adoptan actitud de tales, intentando representar lo más fielmente posible las ideas y creencias de quienes se supone que representan -limitándose, pues, en ambos aspectos, la incidencia de los poderes sociales no elegidos), mayor es la probabilidad de derivas punitivistas en la praxis político-criminal de los estados contemporáneos.

Como advertía, se trata tan sólo de una hipótesis, necesitada de verificación empírica, en cuanto a sus predicciones, y de descripción detallada, en cuanto a las cadenas causales que han de sustentar la conexión entre políticas criminales "populistas" y grado de calidad democrática de un determinado sistema político. Sobre esto último, existe, como señalaba más arriba, cierta evidencia empírica en la investigación criminológica contemporánea. Pero, si es cierta, entonces, cabe esperar, justamente, lo que contemplamos: que España, por ejemplo, con una democracia manifiestamente mejorable, sea adalid del "populismo punitivo" (que consigue aunar a las derechas y buena parte de las izquierdas).

Y, si es cierto, entonces la lucha en contra del "populismo punitivo" debería añadir, a los argumentos más usuales, atinentes a la inmoralidad e ineficacia de dichas soluciones, argumentos de índole puramente política. Poniendo en cuestión el modo (poco participativo) en que tienen lugar los procesos de toma de decisiones en materia político-criminal, por más que se pretendan recubrir el manto del "apoyo popular" .

XI. CUESTIONES DE RACIONALIDAD INSTRUMENTAL

Como decía más arriba, mientras que creo evidente que las cuestiones de justicia inherentes al diseño y evaluación de las políticas criminales deben ser decididas autónomamente por la ciudadanía (aunque, como he señalado, no de cualquier modo: ni por cualquier procedimiento, ni con cualquier clase de razones justificantes), me parece que la situación es muy otra cuando se trata de los problemas relativos a la racionalidad instrumental de dichas políticas: problemas como los de la determinación de qué bienes jurídicos merecen protección mediante el Derecho Penal; la determinación de qué conductas son dañosas para los bienes jurídicos protegidos; la redacción de los concretos elementos típicos del supuesto de hecho de la norma prohibitiva; la

factibilidad y coherencia de los objetivos de protección perseguidos; la factibilidad de los objetivos preventivos; la eficacia y la eficiencia de las prohibiciones; la eficacia y la eficiencia de los criterios de imputación; la eficacia y la eficiencia de las sanciones; y su régimen de ejecución. Sobre todos estos asuntos, existen saberes expertos, que parece inaceptable que sean ignorados cuando de diseñar políticas se trata, si partimos del presupuesto –como me parece razonable partir- de que el tipo de democracia que queremos es una democracia ilustrada, esto es, una en la que las decisiones (particularmente, aquellas que afectan más intensamente a los derechos y al bienestar de las personas, como es la de que el Estado emplee su capacidad coactiva para impedir o desincentivar ciertas formas de conducta y/o de vida) no sean pura expresión de voluntad, sino que atiendan también a razones.

Más aún, quiero destacar que justamente quienes estamos más descontentos con la calidad democrática de los regímenes políticos que soportamos deberíamos ser los primeros interesados en que tal género de racionalidad instrumental se imponga (siempre que no se llegue al extremo de implantar un modelo tecnocrático). Pues deberíamos ser conscientes de que allí donde no llega la autoridad del experto no es que ésta vaya a ser sustituida por una decisión democrática razonable, sino que lo más probable es que lo sea por influencias de grupos de presión con finalidades poco confesables, y/o por manipulaciones electoralistas de líderes y partidos políticos.

Si aceptamos este punto de partida (y no veo cómo podría ponerse en cuestión), entonces las cuestiones que hay que resolver son, según creo, dos. En primer lugar, es preciso acotar cuidadosamente el ámbito de intervención autoritaria de los expertos, con el fin de evitar la tentación tecnocrática, más arriba señalada. Justamente, acabo de realizar una propuesta de acotamiento en ese sentido: en mi opinión, únicamente sobre los temas más arriba mencionados debería otorgarse autoridad a los expertos. (Sobre todos los demás, como he apuntado más arriba, el experto podría actuar, a lo sumo, como asesor, carente de autoridad... cuando no como un ciudadano más.)

En segundo lugar, hay que hallar las vías, en el diseño institucional de los procedimientos de toma de decisiones en materia político-criminal, para que el conocimiento experto pueda ser hecho valer.

Existe ya un importante cuerpo de investigaciones acerca de cómo tienen lugar en la práctica los procesos de toma de decisiones que dan lugar a las políticas públicas

(incluyendo entre ellas los procesos de redacción y aprobación de normas jurídicas, pero no sólo), así como sobre los modos de mejorar la racionalidad –la calidad, en suma– de tales procedimientos. A este respecto, no creo que tenga yo nada particularmente relevante que añadir, excepto reclamar también que tales medidas de mejora se pongan en práctica, y se vuelvan obligatorias. Medidas como la evaluación de costes de las acciones que se proponen, la evaluación de su eficacia, de su rentabilidad, examen empírico de los daños efectivamente producidos por las conductas antisociales, análisis cuidadoso de las estadísticas criminales y de las encuestas de victimización, etc., parecen todas ellas imprescindibles. Y cualquier movimiento en contra del punitivismo debería hacer de las mismas una de sus banderas de batalla.