InDret
REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW. INDRET.COM

La dimensión causal de la democracia deliberativa en la reforma del derecho penal

Romina Frontalini Rekers
Universidad Nacional de Córdoba, CONICET

BARCELONA, ENERO 2015

Abstract

El objetivo de este artículo es identificar las consideraciones de quiénes deben guiar la sanción o reforma de la ley penal. Este objetivo cobra relevancia si consideramos que las diferentes respuestas pueden impactar en las tasas de cumplimiento del derecho penal y en los niveles de coacción estatal arbitraria. Para ello, se analizarán algunas propuestas teóricas que se ubican en una recta cuyos extremos están ocupados, respectivamente, por el populismo y el elitismo penal. Estos argumentos son reconstruidos en el debate sobre la reforma del Código Penal Argentino. En este debate, la disminución de la interferencia proveniente del delito y la disminución de la interferencia estatal arbitraria se presentan como objetivos incompatibles. En parte, ello se debe a que las propuestas teóricas que alimentan los argumentos del debate presentan algunas limitaciones para satisfacer ambas demandas. El republicanismo, a través de la defensa de una democracia deliberativa fuerte, tiene capacidad para satisfacer ambas demandas, aparentemente antagónicas. Sin embargo, esa capacidad se ve disminuida en sociedades desiguales. Por ello defenderé que una reforma guiada por aquella propuesta republicana tiene una capacidad que se limita a disminuir la interferencia estatal y mantener iguales los índices del delito.

The aim of this paper is to identify the considerations of those who should guide the enactment or amendment of the criminal law. Such objective becomes relevant when considering the different responses that may have an impact on the compliance rates of criminal law and on the levels of arbitrary state coercion. The paper will discuss some theoretical proposals that are placed on a straight line and which extremes are occupied by penal populism at one end and elitism at the other. These arguments are restored in the debate on the reform of the Argentine Penal Code. In this paper, decreasing interference from crime and decreasing state interference are presented as incompatible objectives. In part, this is so because the theoretical proposals pose certain restrictions to meet both demands. Republicanism has the capability to meet such demands, which seem antagonistic at times, through a strong defense of deliberative democracy. However, this ability is diminished in unequal societies. It is my contention that a reform guided by such Republican proposal has the potential to reduce state interference and maintain steady rates of crime.

Title: The causal dimension of deliberative democracy in the reform of criminal law.

Palabras clave: penal code reform-elitism-populism-republicanism-deliberative democracy- obedience-inequality

Keywords: reforma-código penal- populismo-elitismo- republicanismo-democracia deliberativa-obediencia- desigualdad.

Sumario

1. Introducción
2. Los términos del desacuerdo
3. El elitismo penal de Philip Pettit
4. El enfoque de la credibilidad moral
5. La crítica de Marcelo Ferrante al enfoque de la credibilidad moral
6. Recapitulación de las fortalezas y debilidades de los tres enfoques
7. La debilidad de la propuesta para responder a la pregunta: Reforma, ¿sí o no?
8. Conclusión
9. Bibliografía

1. *Introducción*

En Argentina, se debate la reforma del Código Penal. El actual Código es el resultado de una política punitivista sostenida y profundizada en el tiempo a través de reformas parciales. El Código Penal de 1921 ha sufrido, aproximadamente, novecientas reformas parciales que lo han tornado irreconocible[1]. Muchas de estas reformas fueron impulsadas luego de casos particulares que desataron "dinámicas de indignación en la comunidad" (PETTIT, 2002: 430). La reforma paradigmática en ese sentido es la que introducen las leyes Blumberg[2], denominadas con el apellido de una víctima: Axel Blumberg, secuestrado y asesinado por sus captores en marzo de 2014. Juan Carlos Blumberg, padre de Axel, llegó a impulsar grandes manifestaciones exigiendo el endurecimiento de las penas. Entre otras cosas, las leyes Blumberg estipulan en 50 años la pena máxima de prisión por sumatoria de delitos gravísimos (violación seguida de muerte, secuestro extorsivo seguido de muerte, etc).

Casi al mismo tiempo en que se introducían las leyes Blumberg, se incorporaba al ordenamiento jurídico penal el Estatuto de Roma[3], que penaliza conductas como el genocidio y los delitos de lesa humanidad. El estatuto fijó una medida en materia de penas, que señala un parámetro universal máximo, limitada a injustos de contenido prácticamente inconmensurable, como un genocidio de extrema gravedad con circunstancias personales negativas del condenado (ZAFFARONI, 2009). El Estatuto de Roma incorporó, en el artículo 110, el equivalente a la libertad condicional, admitiendo la liberación por vía de reducción de la pena, pasados los veinticinco años de cumplimiento de la pena perpetua para los casos juzgados por la Corte Penal Internacional. Sin embargo, el Código Penal vigente, en su artículo 14, sustituido por la ley Blumberg, establece que *"La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7º, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo"*[4]. Estos delitos son castigados con prisión perpetua. De tal manera, el ordenamiento jurídico penal establece penas más graves para delitos comunes que para delitos contra la humanidad.

De lo anterior, se sigue la necesidad de una reforma que sistematice las penas y demás criterios de distribución de la responsabilidad penal. El anteproyecto de Código Penal[5]

---

[1] Exposición de motivos del anteproyecto de Código Penal de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación.

[2] La llamada Ley Blumberg (Ley 25.886) es una ley aprobada por el Senado y la Cámara de Diputados el 14 de abril de 2004, que modifica en el Código Penal argentino la figura de los delitos con armas. Existen otras dos leyes que se conocen como Blumberg, que son la Ley 25.882 que modifica el art. 166 del Código Penal que entró en vigor el 4 de mayo de 2004 y la Ley 25.891, de servicios de comunicaciones móviles por la cual se instituye un Registro de Usuarios.

[3] El Estatuto de Roma es el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional. Fue adoptado en la ciudad de Roma, Italia, el 17 de julio de 1998, durante la "*Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*". Se incorporó al ordenamiento penal argentino a través de la ley 26.200 promulgada en 2007.

[4] Los casos que quedan excluidos del acceso a la libertad condicional son el homicidio criminis causa, el abuso sexual seguido por la muerte de la víctima, el secuestro seguido por la muerte de la víctima, el robo y el secuestro extorsivo seguido de por la muerte de la víctima.

[5] El proyecto fue elaborado por la *Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación* (Decreto P.E.N. 678/12) conformado por E. Raúl Zaffaroni (presidente) León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo

presentado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, intenta ajustar las actuales disposiciones y sistematizar las penas -aunque no únicamente las penas- a partir de un principio de distribución que tome como parámetro universal máximo el de las penas fijadas por el estatuto de Roma. Establece como parámetro universal máximo la pena de treinta años de prisión, equivalente a la prisión perpetua, con posibilidad de acceder, a los veinticinco años de cumplimiento de la condena, a la libertad condicional[6].

Luego de la presentación del anteproyecto, se profundizaron los desacuerdos vigentes en materia de castigo y prevención del delito. Ello a pesar de que en la elaboración del anteproyecto participaron representantes de diversas fuerzas políticas. En especial, muchos de los que se oponen a la reforma sostienen que el proyecto desconoce sus puntos de vista sobre lo que es justo y sobre qué hacer para prevenir delitos. Estas personas argumentan que sus puntos de vista no están representados en el anteproyecto, no obstante creen que deben estarlo. Esto nos lleva a la pregunta sobre las consideraciones de *quién o quiénes* deben guiar la reforma del Código Penal.

Para responder a esta pregunta, en primer lugar intentaré identificar los desacuerdos en torno a la reforma (apartado 2). En segundo lugar, presentaré diferentes tesis que identifican disímiles arreglos institucionales como los más adecuados para la reforma (apartados 3, 4 y 5). Sugeriré que un modelo de democracia deliberativa fuertemente republicana se adecua mejor a los intereses de los miembros de la comunidad política argentina. A saber, contar con una legislación penal que refleje los juicios de merecimiento correctos, evitando la interferencia estatal arbitraria, y que promueva la obediencia, evitando la interferencia proveniente del delito (apartado 6). Finalmente, dado que la filosofía política es una filosofía práctica, presentaré las debilidades de tal propuesta para resolver la cuestión concreta de la reforma, teniendo en cuenta que esta pregunta se realiza en el contexto de una sociedad con altas tasas de desigualdad. Una respuesta escéptica frente al valor de la reforma no es correcta, desde que omite que ésta tiene capacidad para disminuir la interferencia arbitraria estatal y mantener iguales los índices del delito. Esto es, en definitiva, lo mejor que puede esperarse de una reforma penal en un contexto de desigualdad (apartado 7).

2. *Los términos del desacuerdo*

Existe un fuerte desacuerdo en el que se pueden identificar, a grandes rasgos, dos posturas. Una, a favor de la sustitución del actual Código Penal por uno que se ajuste mejor a las garantías penales; y otra contraria a la reforma, por lo menos a una que disminuya las penas o haga más amplios institutos como la libertad condicional.

(miembros representantes de diversas fuerzas políticas). Se encuentra disponible en http://noalviejocodigopenal.org/

[6] Artículo 21 inc. 1 del anteproyecto de Código Penal: *La pena de prisión consiste en la privación de la libertad ambulatoria del condenado, en establecimientos adecuados destinados al efecto. Tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de treinta años.*

El primer grupo argumenta que la reforma reducirá la interferencia estatal arbitraria. El término "arbitraria" debe interpretarse aquí en el sentido de no basarse en juicios de merecimiento correctos a la luz de las garantías penales establecidas en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos. Por otro lado, sostiene que la reforma no elevará el nivel de interferencias provenientes de delitos. Reconoce que la disminución de las tasas de delito depende de otras políticas, específicamente de políticas sociales. Mientras, el segundo grupo argumenta que la reforma conllevará al aumento de la interferencia proveniente de la comisión de delitos. También, expresa que la reforma intenta beneficiar a los delincuentes, subestimando el reclamo de justicia de las víctimas, desde que se basa en juicios de merecimiento incorrectos.

En los argumentos contra la reforma, se mezclan consideraciones vinculadas al merecimiento y la prevención. Las críticas que toman como criterio el merecimiento atacan la disminución de las penas propuestas en el proyecto[7]. Este sector percibe que las penas que establece el proyecto no se corresponden con la gravedad de los hechos sancionados. Este argumento cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que la percepción del sistema penal como un sistema que no responde a las demandas de justicia de la comunidad desemboca en un descontrol de la violencia vindicativa. Así en pleno debate sobre la reforma surgieron casos de linchamientos y homicidios a jóvenes sospechados de la comisión de delitos que fueron vinculados a la falta de eficacia del sistema penal[8]. Las críticas que toman en consideración la prevención apuntan, también y sobre todo, a otras reformas referidas a la regulación de la libertad condicional, la reincidencia, la peligrosidad, etc.

Aunque ambas posturas se presentan como antagónicas, ambos sectores –incluso quienes pueden identificarse como potenciales infractores– comparten el interés en no sufrir interferencias provenientes del delito. La demanda de seguridad es compartida. Aunque muchas veces se identifica esta demanda como propia de la clase media, lo cierto es que los sectores populares también tienen interés en la disminución del nivel de delito. Téngase en cuenta que la probabilidad de sufrir un delito depende en parte de la distribución de los dispositivos de seguridad y, en este aspectos, son los sectores excluidos quienes se encuentran más expuestos a las interferencias arbitrarias provenientes de delitos. Como contracara, no existe una preocupación compartida por disminuir la interferencia arbitraria del Estado. En parte, ello se debe a que la selectividad del sistema penal provoca que algunos sectores no se identifiquen como posibles destinatarios de la interferencia arbitraria estatal (SUNSTEIN, 2010:281).

Frente a este desacuerdo, aparentemente irreconciliable, cabe preguntarse qué arreglo institucional es el más adecuado para satisfacer las demandas de tales grupos, a saber, la

[7] Tampoco hay acuerdo sobre si de hecho el proyecto supone una reducción de las escalas penales. Esto se debe a que los autores del proyecto sostienen que la disminución de las penas se introdujo por vía de interpretación con la incorporación del Estatuto de Roma al sistema jurídico argentino en 2004. Por otra parte el debate se encuentra atravesado por un discurso que intenta deslegitimar la propuesta desinformando sobre cuáles son en concreto las reformas propuestas.

[8] El caso "David Moreyra" fue vinculado al descredito del sistema penal para prevenir el delito ("Una muerte a las patadas", *Página 12*, 31 de marzo de 2014, texto). A este caso le siguieron otros ("Cuando el miedo es una bola de odio", *Página 12*, 1 de abril de 2014, texto).

disminución de la interferencia arbitraria proveniente del estado y de la interferencia arbitraria proveniente del delito. A continuación analizaré las propuestas de diferentes autores. Estas propuestas comparten el objetivo de promover la disminución de la interferencia arbitraria. Sin embargo, carecen de capacidad para limitar ambas clases de interferencias. Las respuestas varían en función del grado y calidad de participación de la comunidad en la reforma del Código Penal. Las diferentes tesis parten de la siguiente premisa: el nivel de interferencia arbitraria varía causalmente en función del grado o calidad de participación de la comunidad en el proceso de reforma.

Este análisis se apoyará en el paradigma de la democracia deliberativa. Este paradigma ha cobrado importancia a partir de la publicación de una serie de textos que propugnan una defensa fuerte de la democracia y soluciones dialógicas al problema del castigo (DUFF, 2001- BRAITHWAITE & PETTIT, 1990). Este modelo de democracia presenta diversas versiones. Pero en términos generales, se caracteriza, en primer lugar, porque todos los potencialmente afectados por una norma intervienen en el proceso de creación. En segundo lugar, el proceso de toma de decisiones que lleva a dicha creación se caracteriza, fundamentalmente, por una amplia discusión colectiva. Y en tercer lugar, el proceso de toma de decisiones es realizado bajo condiciones de igualdad (GARGARELLA, 2007).

Dos ventajas son provistas por el paradigma de la democracia deliberativa. En primer lugar, a pesar de que apoya la idea de autogobierno y la plena participación en la toma de decisiones públicas por razones intrínsecas -el ejercicio de la autonomía pública y la igualdad política básica entre todos los ciudadanos- también se compromete con la dimensión epistémica de los procedimientos públicos de toma de decisión, con la racionalidad y razonabilidad de los resultados y con la calidad de la participación (MARTÍ, 2009:145).

3. *El elitismo penal de Philip Pettit*

Desde el ideal político republicano, PETTIT (1997) defiende una propuesta elitista para la determinación de las penas. Su modelo republicano tiene como objetivo promover la libertad como no-dominación. Entiende que una persona es libre en tanto no se encuentra dominada por otros. Una persona domina a otra cuando tiene la capacidad de interferir sin costo, o con un costo significativamente bajo, en sus opciones, y cuando interfiere arbitrariamente (PETTIT, 2012: 7). La interferencia arbitraria puede ser privada –delito– o estatal –derecho injustificado–.

Partiendo del concepto de libertad como no-dominación, Pettit adopta, para la toma de decisiones colectiva, el modelo de democracia deliberativa débilmente republicana (MARTÍ, 2009). Defiende que este arreglo institucional tiene más posibilidades de evitar la dominación. Este modelo aporta a la promoción de la libertad como no dominación, desde que evita que intereses facciosos impulsen políticas que restrinjan la libertad de algún grupo o minoría. Evita, especialmente, la dominación de las mayorías. Las mayorías se forman con facilidad -sin dificultades se convierten en agentes reales, más que virtuales- y los agentes mayoritarios ejercen un poder más o menos arbitrario, a menos que se restringa su voluntad (PETTIT, 1997:237). Las leyes dejarían de representar una garantía segura frente

a la interferencia arbitraria estatal si la democracia se redujera al apoyo mayoritario a un punto de vista.

Para que la democracia deliberativa promueva la libertad como no-dominación se exigen tres precondiciones. En primer lugar, una base de disputa que fomente la argumentación contra las decisiones públicas sin requerir algún grado de poder en el disputante. En segundo lugar, la inclusión de todos los sectores. Para que los diferentes grupos sean escuchados, las voces tienen que venir del sector representado. En tercer lugar, un foro adecuado para la disputa, es decir, canales institucionales idóneos para la recepción de quejas y disputas (PETTIT, 1997:253).

La tercera precondición se vincula con la pregunta que guía este trabajo. Al referirse al foro de disputa adecuado, PETTIT argumenta que, en muchos casos, el debate popular arrojaría el peor resultado (1997:255). Por ejemplo, en el caso de la reforma penal, supondría la recepción de juicios de merecimiento incorrectos, conforme a la tendencia punitivista vigente en la comunidad. Por ello, las leyes más básicas e importantes no pueden estar sujetas a enmiendas mayoritarias expeditas (PETTIT, 1997:339). Aquel desequilibrio exige de la democracia con disputabilidad, que las quejas sean despolitizadas; y su audiencia, apartada del tumulto de la discusión popular, incluso del foro de debate parlamentario. Este diseño institucional serviría de resguardo frente a la dominación de las mayorías que privilegian las quejas irrazonables por sobre los intereses de los afectados por la norma en cuestión.

La preocupación de Pettit por el populismo penal surge al identificar las dinámicas de indignación (*the outrage dynamic*) como obstáculos para el desarrollo de un debate racional. Para describir estos procesos, toma el modelo del historiador Oliver MacDonagh, en su explicación del aumento del estado administrativo británico en el S.XIX (PETTIT, 2002). El modelo explica los tres elementos que entran en juego en la secuencia, luego de que la sociedad evidencia un mal emergente como nuevo y especialmente grave. En primer lugar, ese mal era expuesto, usualmente de una manera más o menos sensacionalista en los periódicos del S.XIX; la exposición del mal podía ser desencadenada por alguna catástrofe o quizás por el trabajo de un filántropo privado o un observador fortuito. En segundo lugar, la exposición del mal conducía a la indignación popular, esa indignación se unía con el creciente sentimiento humanitario del pueblo británico del S.XIX, a la luz del cual el mal aparecía como intolerable. Y por último, la indignación popular forzaba a los gobernantes a reaccionar, introduciendo iniciativas legislativas o administrativas diseñadas para hacer frente al mal. Esta reactividad del gobierno se debía, sin duda, al carácter cada vez más democrático del gobierno británico del S.XIX (PETTIT, 2002:429).

Esta dinámica presenta sus particularidades cuando de derecho penal se trata. En cuanto al motivo de la exposición del mal, el caso descripto por MacDonagh, requiere la dedicación filantrópica de la sociedad o la investigación de un periodista. En el caso del derecho penal, el motivo principal consiste en el aumento de la audiencia. Por otro lado, cuando se trata de un mal penal resulta más fácil identificarse con la víctima. Mientras la indignación que emerge en respuesta a historias de trabajo infantil y condiciones laborales era conducida esencialmente por valores humanitarios -valores que todos creen que requieren ser

fomentados-, la indignación impulsada por la exposición de un mal penal es comparativamente más instintiva y básica. Finalmente las autoridades públicas, para mantener su liderazgo se ven en la necesidad de reaccionar frente a la indignación popular mostrándose a sí mismos como indignados y comprometiéndose con los recursos a su disposición.

La descripción de Pettit coincide con los procesos de reformas parciales al Código Penal Argentino anteriores al anteproyecto, especialmente, con el caso paradigmático de las leyes Blumberg. A partir del secuestro y homicidio de Axel Blumberg, seguido minuciosamente por los medios, se inició un movimiento para la modificación del Código Penal que tenía como objetivo el endurecimiento de las penas. Durante las masivas protestas organizadas por Juan Carlos Blumberg, se obtuvieron dos millones de firmas avalando un petitorio que contenía las reformas propuestas[9]. Aunque la iniciativa popular está vedada en materia penal, el petitorio devino en proyectos de reforma impulsados por miembros del Congreso. El hecho de que diferentes referentes políticos reciban de manera personal a familiares de las víctimas, mostrando que se identifican con ellas y poniéndose a su disposición, es una práctica que confirma la reiteración de la dinámica.

Conforme con su diagnóstico, Pettit propone que un organismo técnico ubicado por fuera del Congreso sea quien determine los montos de pena para cada clase de delito. Toma como modelo instituciones como los Bancos Centrales (PETTIT, 2002). Estas instituciones, aisladas de la influencia de las mayorías, adoptan políticas sin privilegiar demandas irrazonables, tratando todas las quejas con igual consideración. Sin embargo, desde el ideal político de libertad como no-dominación existen razones para oponerse a este elitismo penal. Estas razones son mencionadas por Pettit como fundamentos de una de las tres precondiciones. Su modelo de democracia deliberativa exige que las voces, titulares de una queja o de una disputa, provengan del sector representado y no sean simplemente ecos de la simpatía del que las representa (PETTIT, 1997:56). De lo contrario, la posibilidad de disputa se convertiría en una opción dominada y los afectados, tanto las potenciales víctimas como los potenciales afectados por la ley penal, se encontrarían sujetos a la voluntad de los técnicos, que tendrían capacidad de interferir arbitrariamente en sus opciones.

Por otro lado, nada garantiza que los técnicos no sigan intereses facciosos y terminen sancionando leyes igual o más punitivas que las que apoyarían las mayorías. Esto cobra sentido si se tiene en cuenta que, contrariamente a lo que se cree, las políticas punitivas identificadas como de "mano dura" fueron impulsadas por técnicos y luego adoptadas por las mayorías. Robinson presenta seis ejemplos que avalan esta afirmación[10]. Alega que, cuando los parlamentos adoptaron este tipo de programas, lo hicieron no porque la

[9] "El petitorio fue distribuido entre la gente que se agolpó masivamente frente al Congreso en reclamo de Justicia con el fin de obtener 2 millones de firmas para ser entregado esta noche a las autoridades legislativas" (El texto completo del petitorio de Juan Carlos Blumberg", *La Nación*, 1 de abril de 200, texto).

[10] ROBINSON (2012b) pone como ejemplos la doctrina *Three strikes*, el aumento de las penas en delitos vinculados con las drogas para aumentar la disuasión, la baja de la edad de imputabilidad, eliminación de la eximente de anomalía psíquica, la incorporación de delitos de responsabilidad objetiva, la regla de homicidio con ocasión de un delito grave (*felony-murder rule*) cuando no exige algún elemento subjetivo para vincular la muerte.

comunidad viera estas normas como justas, sino simplemente porque expertos en el control del delito sugirieron a los legisladores que tales programas reducirían la delincuencia (ROBINSON, 2012b:56). Lo mismo ocurre en el caso argentino. Las reformas impulsadas por Blumberg contaron con el asesoramiento técnico del Manhattan Institute[11]. Las propuestas llegaron desde los técnicos y luego recibieron apoyo popular.

Esta tendencia, que oscila entre una concepción precaria de democracia, identificada como la suma de un conjunto de opiniones irreflexivas, y la delegación en técnicos de la legislación penal, está presente en el caso argentino. Al comenzar el debate público sobre el anteproyecto de reforma del actual Código Penal, se impulsó una campaña para juntar firmas bajo la consigna "no al nuevo Código Penal"[12]. Por otro lado, la tendencia punitivista apareció claramente influenciada por técnicos ajenos a la comunidad política argentina. Así, el líder de aquella campaña al mismo tiempo se reunía a analizar el anteproyecto con Rudolph Giuliani, ex alcalde de la ciudad de New York, reconocido por impulsar las políticas de "tolerancia cero" receptando instrucciones del Manhattan Institute[13].

Delegar en técnicos la decisión sobre cómo distribuir la responsabilidad penal no garantiza protección frente a leyes arbitrarias. En los hechos, los técnicos responden a diversos intereses, que no siempre se identifican con la promoción de la libertad. La propuesta de Pettit también pasa por alto que una despolitización absoluta no es posible. Los técnicos, aun los que no actúan movidos por intereses facciosos, responden a una determinada formación académica que influye en sus decisiones. A pesar de la buena fe, se les dificultará comprender las demandas e intereses de quienes no pertenecen a su clase. Por el contrario, la deliberación en la que participan todos los sectores garantiza que las diferentes visiones sean consideradas.

Otras críticas pueden hacerse al enfoque de la democracia deliberativa débilmente republicana. En primer lugar, los ambientes democráticos no son causas suficientes del aumento de las penas. Los canales y tipos de información, y la cultura informativa en general, parecen ser una explicación más apropiada para la diversidad en las reclamaciones y el castigo de las personas. En segundo lugar, no hay información seria acerca de los intereses de los ciudadanos. Las encuestas de opinión tienen serios problemas metodológicos, simplifican los problemas y brindan información insuficiente o sesgada. En tercer lugar, nada garantiza que los parlamentos, en ocasión del desarrollo del proceso de indignación, escuchen o sigan las sugerencias de los técnicos. Finalmente, no se explica por qué esta restricción a la democracia está pensada sólo para el derecho penal y no se aplica a otras áreas del derecho que incluso abordan asuntos más técnicos (MARTÍ, 2009:140 y ss).

---

[11] El Manhattan Institute for Policy Research (rebautizado en 1981 en el Centro Internacional de Estudios de Política Económica) es un think tank conservador estadounidense fundado en la ciudad de Nueva York en 1978 por Antony Fisher y William J. Casey. La organización describe su misión como "desarrollar y difundir nuevas ideas que promuevan una mayor libertad económica y responsabilidad individual".

[12] Las consignas de la campaña se encuentran disponibles en: http://noalnuevocodigopenal.org . También en : ("Massa sale ajuntar firmas", *Página 12*, 13 de Marzo de 2014, texto).

[13] Sobre la reunión: ("Furia", *Página 12*, 30 de marzo de 2014, texto).

Rechazar la propuesta de Pettit no supone abandonar la preocupación por las mayorías punitivas que impulsan leyes penales arbitrarias. Abre la puerta a que la "dinámica de indignación" analizada puede ser desarticulada sin recurrir a restricciones a la democracia deliberativa, sino más bien mediante la profundización del modelo de democracia deliberativa republicana.

4. *El enfoque de la credibilidad moral*

En el otro extremo de la recta y en oposición al elitismo penal encontramos una variante del populismo penal. Para este último, la toma de decisiones públicas debería ser una función sin mediación de los deseos populares, las preferencias, las sensaciones o sentimientos (MARTÍ, 2009:134). El enfoque de la credibilidad moral encuentra en esta forma política un medio para promover la obediencia, es decir, la disminución de la interferencia arbitraria proveniente del delito.

Conforme a este enfoque, la reforma del Código Penal debe receptar los juicos de merecimiento compartidos por la comunidad. Se debe tener en cuenta la existencia de estas intuiciones compartidas a la hora de crear las normas jurídico-penales (ROBINSON, 2012b:52). En consecuencia, la reforma debe receptar los juicios de "merecimiento empírico", es decir, el merecimiento conforme a las intuiciones sobre la justicia de una comunidad. La reforma puede desviarse de los juicios compartidos, excepcionalmente, siempre y cuando se ofrezca una explicación (ROBINSON, 2012a).

Para Robinson, la receptación de los puntos de vista sobre la justicia de la comunidad consolida la credibilidad moral del sistema de justicia penal, lo que permite a éste aprovechar su influencia social y normativa para prevenir delitos (ROBINSON, 2012b:46). El aumento de la credibilidad moral en el sistema penal tiene como objetivo potenciar su capacidad disuasoria a partir de la influencia social. Estudios recientes han demostrado que una disminución marginal de la credibilidad produce una disminución marginal de la deferencia (ROBINSON, 2012:43). Es decir que, a medida que aumenta la credibilidad moral del sistema, aumenta la deferencia como consecuencia de la mejora en la reputación de un particular derecho penal para hacer justicia y evitar la injusticia.

Para el enfoque de la credibilidad moral, la gente recurriría al derecho penal como fuente creíble de información moral, si éste refleja las reglas sobre distribución de la responsabilidad penal que la comunidad acepta. Es decir, aquellos juicios de merecimiento que la comunidad cree que son los correctos. En consecuencia, el enfoque promueve la obediencia a partir de un proceso complejo que excede la mera coincidencia entre los juicios comunitarios y los juicios contenidos en la ley penal. Es necesario que la gente crea que ese derecho penal en particular cumple tal papel. Una explicación del proceso mediante el que se afianza la credibilidad moral puede estar vinculada al autogobierno. Si los juicios de merecimiento de la ley penal se asemejan a los juicios de la comunidad, es probable que ésta vea la ley penal como propia. Otra explicación es que es probable que las personas acepten esa ley penal como correcta, pues creemos que nuestros juicios son correctos. Ambas explicaciones no serían excluyentes.

Debe tenerse en cuenta que los juicios que considera Robinson, por un lado, se vinculan a casos abstractos. Las intuiciones no deben extraerse de la opinión de la ciudadanía sobre casos concretos, pues los juicios se ven sesgados por prejuicios y juicios sobre hechos subyacentes como la moral privada de los involucrados, la clase, etc. Por otro lado, no se refieren a la pena concreta para cada infracción. La ciudadanía no comparte una idea sobre la cantidad total de pena que merece un delito. Algunos tienden a ser más duros que otros en sus gustos punitivos. Lo que la gente comparte es una idea sobre la culpabilidad relativa de diferentes casos (ROBINSON, 2012b: 41).

Una ventaja del enfoque es que, para prevenir delitos, no necesita modificar el mecanismo disuasorio. Entonces, para prevenir el delito no es necesario aumentar la amenaza penal, sino reforzar la credibilidad de la comunidad en el derecho penal a través de la recepción de los juicios de merecimiento que los ciudadanos comparten. Cuando una comunidad no comparte los juicios de merecimiento del derecho penal, la razón por la que se conforma a la norma se reduce a la coacción. Cuando la coacción desaparece los ciudadanos dejan de seguir la norma[14].

En sus investigaciones empíricas, ROBINSON y DARLEY (1995) muestran que los efectos del enfoque de la prevención general negativa no son positivos y que ésta sólo puede funcionar en circunstancias que no se encuentran en las sociedades reales. Es decir que el impacto en el nivel de delitos de una política de aumento de las penas es nulo. Lo mismo ocurre con otras políticas que, aunque no suponen el aumento de las penas, están vinculadas al enfoque de la disuasión. Tal como la doctrina de la prevención situacional, que intenta dificultar la comisión de delitos a través del reforzamiento de los controles policiales.

En síntesis, el enfoque de la credibilidad moral presenta ventajas que ambas partes del debate sobre la reforma del Código Penal estarían dispuestas a aceptar. En primer lugar, un derecho penal que goza de credibilidad moral potencia la capacidad de la pena, sin necesidad de aumentar la coacción. En segundo lugar, lleva a que las personas estén menos dispuestas a hacer justicia por mano propia, desde que confían en la justicia penal[15]. Por otra parte, el modelo disminuye los riesgos de resistencia y subversión que provocan los regímenes penales injustos que se asientan en la mera coacción. Finalmente, la mayor credibilidad en el sistema penal provoca que los ciudadanos interioricen las normas y potencia la capacidad de configuración de una vida en comunidad sin delitos.

Las críticas a este enfoque son tres (ROBINSON, 2012b). La primera sostiene que las nociones de merecimiento son inevitablemente vagas. El merecimiento no puede identificar cantidades de penas sino sólo una gama de sanciones que no se aplicarían al caso por ser extremadamente desproporcionadas. Robinson desestima tal crítica afirmando que se apoya en una confusión entre las exigencias del merecimiento, a saber, las penas en

[14] Esto se ve, por ejemplo, cuando una huelga policial lleva al aumento exponencial del delito ("La noche en que Córdoba vivió en peligro", *Página 12*, 5 de diciembre de 2013, texto).

[15] Téngase en cuenta casos como el de Bolivia que ocupa el segundo lugar de Latinoamérica, tras Guatemala, en ejecuciones públicas por cuenta propia. Entre 2005 y el primer semestre de 2013 se registraron 190 muertes en Bolivia por linchamiento: ("La justicia del miedo", *El País,* 1 de abril de 2014, texto). Este panorama amenaza ahora a la sociedad argentina y ha cobrado relevancia pública en oportunidad de discutirse la reforma del Código Penal.

concreto, y las intuiciones de las personas sobre el merecimiento. Lo que los críticos ven como vaguedad no deriva de la incertidumbre sobre la clasificación ordinal de los delitos, sino sobre el máximo del sistema de penas adoptado por las sociedades. En el caso del anteproyecto, se establece como máximo la pena de 30 años de prisión.

La segunda crítica se refiere a la imposibilidad de encontrar intuiciones compartidas sobre el merecimiento. Robinson responde a esta crítica citando evidencia empírica que confirma que existen intuiciones ampliamente compartidas, por lo menos sobre un núcleo de conductas (ROBINSON *et al*, 2007). El caso argentino no es una excepción. Existe un consenso sobre cuáles son las conductas que deben estar prohibidas, en tanto no se quiere sufrir esa clase de interferencias, aunque el acuerdo se vuelve más débil cuando se aleja del núcleo. Por otro lado, no existe acuerdo sobre las penas en concreto y los límites de la intervención penal.

La tercera crítica, y la mayor debilidad de la propuesta, es su incapacidad para resolver el problema de la ceguera de la comunidad frente a la injusticia (ROBINSON, 2012:280). Esta objeción da cuenta de los casos en que los juicios vigentes en la comunidad son incorrectos. La ceguera de la comunidad frente a la injusticia promoverá la interferencia arbitraria estatal. Aunque el enfoque supone una disminución de la interferencia estatal desde que no recurre al aumento de la coacción con fines preventivos, su operativización puede significar el aumento de la interferencia arbitraria estatal a través de un derecho penal formado por juicios de merecimiento incorrectos. En este sentido, el enfoque privilegia el objetivo de disminuir la interferencia arbitraria proveniente del delito desatendiendo la interferencia arbitraria estatal. Robinson deja sin resolver esta objeción limitándose a instar a una reflexión atenta por parte de la comunidad y sus líderes respecto de la posibilidad de que existan tales errores morales, quizás alentándoles para que consulten con los filósofos morales, quienes, en efecto, han reflexionado intensamente sobre las cuestiones a tratar, y comprobar si esa disciplina puede contribuir con aportaciones útiles al debate público (ROBINSON, 2012[a]:280).

5. *La crítica de Marcelo Ferrante al enfoque de la credibilidad moral*

En su artículo *Community Views and Criminal Law Reform*, FERRANTE (2008) realiza una crítica al enfoque de la credibilidad moral en tres pasos. En primer lugar, afirma que el enfoque se basa en presupuestos empíricos débiles. En segundo lugar, remarca el déficit ético de la propuesta. Y en tercer lugar, la acusa de un déficit democrático.

La primera crítica afirma que el enfoque se basa en una exageración del anti-respeto como consecuencia de la pérdida de credibilidad en un derecho penal que no refleja los juicios de merecimiento empírico. Reconoce que es la crítica más débil, desde que depende de datos empíricos concretos que aún no están disponibles. En apoyo a su crítica, cita investigaciones de psicología social que afirman que, generalmente, las personas se abstienen de cometer delitos por razones morales y no por razones prudenciales como el temor de ser sancionado (TYLER, 1990). Esas razones morales abarcan dos clases de juicios, una recae sobre la corrección del contenido de las prohibiciones penales, la otra sobre la legitimidad de las autoridades para imponer penas y hacer cumplir las reglas. Pero es

principalmente la legitimidad de las autoridades, en cuanto a los procedimientos imparciales que adoptan para la toma de decisiones, lo que promueve la obediencia. En consecuencia, es poco probable que una reforma penal que no refleje los juicios de merecimiento compartidos provoque un estado de incumplimiento generalizado, siempre y cuando las autoridades y el procedimiento de reforma del Código Penal sean legítimos.

La crítica parece desconocer que en algunas sociedades, como la argentina, los ciudadanos están más comprometidos con la idea según la cual la legitimidad de las decisiones depende del grado de consideración de sus juicios. En sociedades donde la participación política se ha extendido, la legitimidad de las leyes no se satisface con la elección de las autoridades. Prueba de ello son las exigencias de mayor debate sobre las leyes a sancionarse, la crítica a tales leyes cuando ello no ocurre, la creación de organizaciones y asociaciones que intentan tener algún grado de influencia sobre la legislación, las iniciativas legislativas populares, etc.

La segunda crítica considera que el enfoque presupone una actitud éticamente reprochable de parte del legislador que lo haga operativo. Tomar en consideración los juicios compartidos por la comunidad para la distribución de la responsabilidad penal con la finalidad de aumentar las tasas de cumplimiento implicaría una especie de engaño. El engaño recaería en la empresa de la que los ciudadanos creen estar participando. Para ellos, los ciudadanos, el juego que se está jugando al adoptar esa regla es el de la institucionalización de la retribución del merecimiento de castigo (FERRANTE, 2008:15). Los funcionarios, en cambio, no participan en ese juego sino en otro: el de la obtención de obediencia, y es parte de su estrategia de juego hacer que los ciudadanos crean que están jugando a la institucionalización de la retribución de merecimiento.

Por otro lado, Ferrante mantiene que el hecho de que los funcionarios adopten reglas de distribución de la responsabilidad penal que coinciden con las creencias morales populares no es el fundamento del juicio por el cual los ciudadanos le asignan credibilidad moral al derecho. El derecho será moralmente creíble si, por la razón que sea, sus reglas son digamos, moralmente "verdaderas" -correctas- (o al menos tienden a serlo con una frecuencia distintivamente alta). Lo que puede hacer a estas reglas jurídicas reglas moralmente verdaderas -correctas- no es el hecho de que los ciudadanos las creen verdaderas -correctas- (FERRANTE, 2008:16). Continúa diciendo que lo que puede hacer que el derecho sea, para estos ciudadanos, moralmente creíble, es la creencia de que los funcionarios que lo producen, por alguna razón, están distintivamente cerca de la "verdad moral" (o al menos, más cerca de lo que ellos están) (FERRANTE, 2008:16). Sin embargo, lo que harían los legisladores que adscribieran al enfoque no sería intentar descubrir los juicios morales correctos, sino recabar los juicios de merecimiento empíricos vigentes en la comunidad. Este es otro aspecto del engaño.

Aunque Ferrante considera que existen engaños que pueden estar justificados, en el caso de no existir una alternativa disponible; esto no ocurre para el caso del enfoque de la credibilidad moral. Ello se debe a que, en este enfoque, sí existe una alternativa disponible. La alternativa consistiría en que los funcionarios efectivamente jugaran al juego de la institucionalización de la retribución del merecimiento de castigo, en lugar de sólo

aparentar jugarlo (FERRANTE, 2008:21). ¿Cómo harían esto? Abandonando el procedimiento consistente en trasladar los juicios morales sobre el merecimiento de la comunidad a las leyes penales. En lugar de ello, a través de la deliberación entre funcionarios, la reforma debería reflejar los juicios de merecimiento verdaderos, o que tienen mayores probabilidades de ser verdaderos. Estos juicios pueden o no coincidir con los juicios compartidos por la comunidad. Aún cuando el resultado al que arriben los legisladores no coincida con las intuiciones populares, esto no se traducirá en un aumento de las tasas de incumplimiento. La tasa de incumplimiento no variará, desde que la credibilidad del sistema penal depende, en mayor medida, de la legitimidad del proceso de reforma penal.

Para que esta crítica, basada en el argumento del engaño, debilite la posición de Robinson, debe probarse que el engaño es una condición necesaria para la operativización del enfoque. Sin embargo, las condiciones que hacen necesaria la manipulación son contingentes. La manipulación se torna necesaria cuando la realidad social aparece diferente a la elite utilitarista que a los gobernados (WILLIAMS, 1981:150). Esto hace que la manipulación funcione en sociedades desiguales y jerárquicas. De ello se sigue la necesidad de instituciones más coactivas para sostenerse. No obstante la existencia de una elite utilitarista no es un hecho natural o algo que ocurre como consecuencia del azar. La existencia de una elite utilitarista es una consecuencia de las instituciones existentes. Son ellas las que se encargan de distribuir influencia política en la toma de decisiones colectivas y se encargan de promover, o no, la calidad de la participación.

Según la crítica de Ferrante, el engaño es necesario para hacer operativo este enfoque. El cual no funcionaría si la gente supiera que la adopción de los juicios de merecimiento en la ley penal no responde a que son los correctos, sino al interés en promover la obediencia. Quienes hacen los juicios de merecimiento lo hacen preguntándose sobre si están justificados o no, no sobre si serán eficaces. Esto es correcto sólo si aceptamos una premisa implícita de carácter empírico, que difícilmente sea verdadera en el caso argentino. Esta premisa afirmaría que la ciudadanía cree que los legisladores tienen mayor capacidad epistémica para conocer los juicios de merecimiento correctos. En consecuencia, para aceptar la crítica de Ferrante, deberíamos admitir que la ciudadanía comparte una visión elitista de democracia deliberativa. Sólo si aceptamos esta premisa, el engaño se vuelve necesario para la credibilidad y, en consecuencia, el cumplimiento de las normas penales. Sin embargo, no está probado que esto sea así. En sociedades en que los ciudadanos demandan una mayor influencia en la toma de decisiones colectivas, tal premisa probablemente resulte falsa. En el caso argentino, es simple identificar esto, si tenemos en cuenta que la primera reacción frente al delito es la auto-organización y la iniciativa legislativa popular que, aunque está constitucionalmente vedada, se manifiesta en los hechos. Por otro lado, la crítica conlleva aceptar que los ciudadanos no tienen la capacidad requerida para realizar juicios independientes sobre lo que es correcto (el castigo basado en el merecimiento) y lo bueno (promover la obediencia o disminuir el nivel de interferencia arbitraria proveniente del delito).

La tercera crítica afirma que el enfoque de la credibilidad moral conlleva un proceso deliberativo limitado, desde que los legisladores reciben los juicios comunitarios actuando

como mandatarios que deben traducirlos en normas penales. En consecuencia, los legisladores desaprovecharían los beneficios epistémicos de la democracia deliberativa. La propuesta del enfoque de la credibilidad moral, al exigir un proceso de decisión basado en la puesta en escena de una deliberación falsa, presupone así una democracia intencionalmente pobre en la dimensión de su valor epistémico (FERRANTE, 2008:25). Pero esta crítica sólo funciona si aceptamos que el proceso de deliberación debe circunscribirse a los representantes.

Las críticas segunda y tercera de Ferrante al enfoque de la credibilidad moral se basan en una concepción elitista de la democracia deliberativa, en tanto que el engaño sólo es necesario si los miembros de la comunidad creen que los legisladores tienen mayor capacidad epistémica y la deliberación debe ser fingida sólo si se limita al ámbito reducido de los representantes. David Estlund, que ha analizado cuidadosamente esta posición, a la que denomina autoritarismo epistémico normativo, señala que se fundamenta en tres tesis: 1) La tesis cognitiva: las pretensiones políticas normativas (al menos a menudo) son verdaderas o falsas; 2) La tesis epistémica elitista: algunas (relativamente pocas) personas pueden conocer la verdad (corrección) política normativa mucho mejor que las demás; 3) La tesis autoritaria: el conocimiento político normativo de aquellos que lo poseen es una poderosa razón moral para concederles el poder político (MARTÍ, 2006:53).

En ambas críticas, Ferrante omite una alternativa al engaño que garantizaría, como efecto principal, que los juicios de merecimiento sean con mayor probabilidad verdaderos y, como efecto secundario, que estos reflejen los juicios comunitarios. La alternativa consiste en un modelo de democracia deliberativa propia del republicanismo fuertemente democrático (MARTÍ, 2006). Esta concepción no elitista de la democracia deliberativa parte de negar la tesis epistémica elitista. La concepción republicana de democracia deliberativa, a diferencia de la elitista, propone convertir la deliberación política en pública, incentivando no sólo mecanismos institucionalizados de participación deliberativa de la ciudadanía que complementen a las estructuras representativas existentes, sino también la deliberación informal y no institucionalizada que tiene lugar en la esfera de forma difusa pero constante (MARTÍ, 2006:242).

6. *Recapitulación de las fortalezas y debilidades de los tres enfoques*

Las propuestas analizadas poseen serias limitaciones para promover la disminución de la interferencia arbitraria. En este sentido, no pueden satisfacer las dos demandas predominantes en el debate, tanto la disminución de los niveles del delito como de la interferencia arbitraria estatal. El elitismo penal de Pettit promete leyes penales no arbitrarias. Pero, al delegar la legislación penal en técnicos, supone, en primer lugar, la posibilidad de que éstos sancionen leyes arbitrarias y, en segundo lugar, el aumento de la desobediencia –interferencia arbitraria privada– cuando la visión de los técnicos resulte distinta a la visión popular, en consecuencia, los ciudadanos dejarían de ver en el derecho penal una fuente de información moral. El enfoque de la credibilidad moral de Robinson garantiza el aumento de la obediencia –disminución de la interferencia arbitraria proveniente del delito–pero supone el riesgo de un derecho penal que contenga juicios de

merecimiento incorrectos -interferencia arbitraria estatal–. La crítica de Ferrante hace hincapié en el valor epistémico de la deliberación para obtener juicios de merecimiento correctos, pero dado que se apoya en la tesis epistémica elitista, la limita a los funcionarios. En una comunidad donde la tesis epistémica elitista no es aceptada, difícilmente sea admitida una reforma que refleje únicamente los juicios de merecimiento que sea producto de la deliberación razonada entre funcionarios. Esta falta de aceptación se traduciría en el aumento de la desobediencia –interferencia arbitraria proveniente del delito– consistente, sobre todo, en la proliferación de casos de linchamientos u homicidios de presuntos autores de delitos.

La insuficiencia de los enfoques para satisfacer las demandas presentes en la comunidad, tanto la disminución de la interferencia arbitraria estatal como de la interferencia arbitraria privada, puede ser superada por el modelo de democracia deliberativa del republicanismo fuertemente democrático. Aunque este modelo apoya la idea de autogobierno y la plena participación en la toma de decisiones públicas por razones intrínsecas-el ejercicio de la autonomía pública y la igualdad política básica entre todos los ciudadanos-, también se compromete con la dimensión epistémica de los procedimientos públicos de toma de decisión, con la racionalidad y razonabilidad de los resultados y con la calidad de la participación (MARTÍ, 2006:145). La democracia deliberativa, por su valor epistémico, garantiza que las decisiones colectivas sean correctas con mayor probabilidad. De tal manera, disminuye la interferencia arbitraria estatal, que tiene lugar a través de un derecho penal basado en juicios de merecimiento incorrectos. Hasta aquí, la propuesta de Martí no da cuenta de la disminución de la interferencia arbitraria proveniente del delito. Lo que pasa por alto es una ventaja adicional de su propuesta. El modelo de democracia deliberativa del republicanismo fuertemente democrático, como efecto secundario, provee una ventaja causal: garantiza que la ley penal refleje los juicios comunitarios de merecimiento a partir de la ampliación de la deliberación a toda la comunidad. De tal manera, causaría la disminución de la interferencia arbitraria proveniente del delito, como prevé el enfoque de la credibilidad moral.

Los arreglos institucionales de la democracia deliberativa del republicanismo fuertemente democrático se centran en cuatro estrategias generales: 1) la creación de mecanismos institucionales de participación y deliberación directa; 2) *la protección, promoción y regulación de los espacios no institucionales de deliberación pública masiva* bajo el fortalecimiento de la esfera pública; 3) la incorporación de elementos que hagan más abierta y responsable (*accountable*) la toma de decisiones y que fortalezcan su calidad deliberativa; 4) la adopción de medidas encaminadas a desarrollar la cultura política y democrática de la ciudadanía, que posibiliten una participación responsable y de calidad(MARTÍ, 2006:243).

7. *La debilidad de la propuesta para responder a la pregunta: Reforma, ¿sí o no?*

El modelo de democracia deliberativa del republicanismo fuertemente democrático no siempre proveería de las ventajas mencionadas. Estas ventajas, consistentes en la

disminución de la interferencia arbitraria, se reducen en sociedades ampliamente desiguales.

En primer lugar, la capacidad epistémica del modelo disminuye cuando existen grupos que no participan, o no lo hacen de igual manera, en la deliberación. Es el caso de los sectores excluidos, que no tienen satisfechos derechos civiles y sociales que garanticen su participación en las instancias de deliberación. En consecuencia, los juicios a los que se arribe estarán sesgados parcialmente, desde que los argumentos de estos sectores no son expuestos o son expuestos con mayor debilidad en la deliberación. Esto no quiere decir que estos sectores no puedan aportar, en el caso concreto, argumentos complejos sobre la necesidad de disminuir la interferencia arbitraria.

En cuanto al beneficio causal del modelo, referido a la promoción de la obediencia, cabe considerar que, en sociedades desiguales, la motivación por el derecho penal funciona de manera desigual. Algunos sectores se motivan por razones morales y no ejecutan cursos de acción prohibidos por el derecho penal porque creen que hacerlo sería incorrecto. Existen otros grupos que, aunque comparten tales juicios sobre lo que es incorrecto, deciden, por razones prudenciales, adoptar cursos de acción prohibidos. En efecto, un grupo se motiva por razones morales y otro, aunque comparte esas razones, realiza cálculos de costos-beneficio. Decidir qué curso de acción seguir en función de la corrección o incorrección moral de la acción es una opción más frecuente entre quienes se encuentran en mejor posición en sociedades desiguales. Teniendo en cuenta el siguiente esquema[16]:

		Cumplen con la ley penal: porque se motivan por la propia ley o por otras razones morales	Incumplen con la ley penal: porque el costo de cumplir con la ley es mayor que el costo de incumplirla
Tienen intuiciones compartidas, por lo menos en un núcleo, sobre cuál debería ser el contenido del derecho penal y los juicios de mereciemiento	Son parte de la comunidad política (incluidos)	A	C
	No son parte de la comunidad política (excluidos)	B	D

Esta división entre incluidos y excluidos la he tomado de la tesis de legitimidad como autoría de Seleme (2010)[17]. Los grupos A y B se motivan por razones morales anteriores a la ley o por la ley penal como fuente de información moral. Los grupos C y D deciden si

[16] El esquema excluye algunos casos que no son relevantes para el argumento como es el caso de quienes obedecen por razones prudenciales o quienes desobedecen por razones morales.

[17] Este toma en cuenta los tres tipos de intereses que BEITZ (1990) vincula a la ciudadanía: interés en el reconocimiento, en el modo de tratamiento y en la responsabilidad deliberativa (citado en SELEME, 2010:92). El interés en el reconocimiento se ve satisfecho cuando el agente puede acceder a los cargos públicos y participar en la toma de decisiones colectivas. El interés en el modo de tratamiento se ve satisfecho cuando el esquema institucional se apoya en la aceptación por parte de los ciudadanos y no en la mera coacción. Para ser tratados como aceptantes, el esquema institucional tiene que garantizar derechos civiles y sociales. Finalmente, el interés en la responsabilidad deliberativa se ve satisfecho cuando la toma de decisiones colectivas puede realizarse en una deliberación pública informada, en las que las opiniones son consideradas y evaluadas responsablemente.

adoptar o no el curso de acción prohibido por el derecho penal realizando análisis de costos-beneficios, aún cuando comparten intuiciones morales con los grupos A y B. Para el grupo D, es más costoso renunciar al curso de acción prohibido, desde que tal acción prohibida lo acerca más al estatus de incluido. En tanto que, para el grupo C el costo es menor desde que, al pertenecer al grupo de incluidos, lo que pierde al cumplir con la norma es menos –marginalmente– de lo que pierde D[18].

En el debate sobre la reforma del Código Penal argentino, las interferencias provenientes del delito que mayor impacto tienen son las del grupo D, por dos razones. En primer lugar, porque mientras la desigualdad es mayor, el grupo D se hace más numeroso y, en consecuencia, se multiplican las interferencias. En segundo lugar, porque los miembros del grupo D tienen más motivaciones para desobedecer, a saber, colocarse en la situación de los incluidos a través del acceso a bienes materiales o inmateriales (como el reconocimiento de sus pares).

¿Por qué es importante aumentar la tasa de cumplimiento del grupo D? Existen dos razones. En primer lugar, disminuir el nivel general de interferencia proveniente del delito. En segundo lugar, porque la percepción de la ineficacia del sistema penal para disminuir las interferencias provenientes del grupo D arrogaría como resultado que agentes del grupo A y B disminuyan el nivel de obediencia que hasta el momento mantenían, por ejemplo a través de linchamientos u homicidios de sujetos pertenecientes al grupo D. Entonces, ¿cómo aumentar la tasa de cumplimiento del grupo D? Existen dos alternativas. Una es aumentar la coacción. Pero el aumento de la coacción supone desconocer los juicios de merecimiento que ya comparten los cuatro grupos. Esto conlleva los riesgos que anunció Robinson. La alternativa que aún queda disponible es reducir el grupo D, incluyendo a sus miembros a través de políticas sociales. Sin embargo, estas políticas producen efecto a largo plazo. Estas respuestas no resuelven la pregunta sobre si debe modificarse o no el actual Código Penal.

Estas consideraciones parecen ubicarnos en un escepticismo sobre el valor de la reforma del actual Código Penal argentino, desde que no supondría una disminución del nivel de interferencia del delito. En consecuencia, el nivel de delitos se mantendría, en principio, igual. Esta es una ventaja que la reforma no puede prometer. Sin embargo, si la reforma adopta el camino de la democracia del republicanismo fuertemente democrático, puede proveer dos beneficios relevantes para la disminución de la interferencia arbitraria. En primer lugar, la posibilidad de disminuir la interferencia arbitraria estatal, ajustando la ley penal a los juicios de merecimiento correctos. Ello es posible gracias a que la deliberación evidencia lo que antes pasaba inadvertido: la arbitrariedad de la interferencia estatal a través del actual Código Penal. La ventaja no era advertida por diversas razones. En primer lugar, porque quienes son más escuchados en el debate, los incluidos, no se identifican como posibles destinatarios de la coacción estatal (SUNSTEIN, 2010). Un síntoma de ello es que las mayorías no se escandalizan cuando los condenados por delitos son tratados con

[18] El concepto de costo aquí utilizado es objetivo, como contrario a subjetivo. Los costos pueden ser igual de valiosos para los miembros de los grupos D y C en función del valor que estos otorgan a sus intereses y no del valor que objetivamente tienen tales opciones.

dureza por los tribunales de justicia. Lo contrario sucede cuando son tratados con indulgencia. Así, los falsos positivos del castigo no son detectados ni lamentados (PETTIT, 1997). En segundo lugar, el valor de tal ventaja pasa inadvertida como consecuencia de un error moral consistente en equiparar la interferencia arbitraria de los particulares con la interferencia arbitraria del Estado. Sin embargo, cuando la interferencia arbitraria estatal pone a la ciudadanía en una peor situación que la interferencia proveniente del delito.

El segundo beneficio que provee una reforma que transite el camino de la democracia deliberativa del republicanismo fuertemente democrático, supone que ajustar los juicios de merecimiento del actual Código Penal a los juicios de merecimiento correctos no supondrá un aumento de la interferencia arbitraria proveniente del grupo A y B. Las interferencias evitadas son aquellas que provienen de linchamientos y homicidios de posibles infractores, que tienen lugar como consecuencia de que tales grupos perciban al derecho penal como ineficaz para hacer justicia. En efecto, esto no ocurriría desde que la reforma reflejaría los juicios de merecimiento de la comunidad, extendiendo la deliberación a la ciudadanía.

8. Conclusión

Como surge del debate sobre la reforma del Código Penal existe un interés compartido en disminuir la interferencia arbitraria. Sin embargo, se pueden identificar dos posiciones que demandan la disminución de la interferencia arbitraria proveniente del delito y la disminución de la interferencia arbitraria estatal. Las propuestas teóricas analizadas se caracterizan por privilegiar alguna de ambas demandas.

La democracia deliberativa del republicanismo fuertemente democrático puede responder a ambas demandas. Por un lado, proveyendo los juicios de merecimiento correctos– disminución de la interferencia arbitraria estatal– gracias al valor epistémico de la deliberación. Por otro lado, promoviendo la obediencia –disminución del delito– desde que la ampliación de la deliberación a la ciudadanía permite que el derecho penal refleje los juicios de merecimiento vigentes en la comunidad. Sin embargo, tales ventajas se ven atemperadas en sociedades desiguales. En estos casos, la reforma sólo puede promover la disminución de la interferencia arbitraria estatal y evitar que tal disminución se traduzca en el aumento de la desobediencia proveniente de linchamientos y homicidios a potenciales infractores, mientras que el nivel de interferencia en los otros casos –otros delitos– se mantendría igual.

9. *Bibliografía*

DUFF, R. A. (2001), *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, Oxford.

FERRANTE, Marcelo. (2008), "Community Views and Criminal Law Reform", *Revista Jurídica U.P.R.*, núm. 77. *p.* 459-485.

GARGARELLA, Roberto (2007), *Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad* (II), Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 8, núm. 1, septiembre 2007, págs. 101-116.

GARGARELLA, Roberto (2012), "Injusticia Penal, Injusticia Social", en Roberto GARGARELLA (Coord.), *El castigo penal en sociedades desiguales*, Miño y Dávila editores, Buenos Aires, págs. 119-142.

GARLAND, David (2005), *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona.

HART, H.L.A. (1968), *Punishment and Responsability: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford.

MARTÍ, José Luís (2006), *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.

MARTÍ, José Luís (2009), "The Republican Democratization of Criminal Law and Justice", en Samantha BESSON / José Luís MARTÍ (Coordinadores), *Legal Republicanism*, Oxford University Press, Oxford, págs 124-149.

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

NINO, Carlos (2007), "La relevancia moral epistémica de la democracia" en Carlos NINO, *Los escritos de Carlos Nino, Derecho, Moral y Política,* T. II, Gedisa, Buenos Aires, págs 218-234.

NUSBAUM, Martha (2003), "Compassion & Terror", *Daedalus*, vol. 132, núm. 1, winter 2003, , págs. 10-26.

NUSBAUM, Martha (2006), *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Katz, Buenos Aires.

PETTIT, Philip (1997a), "Republican Theory and Criminal Punishment", *Utilitas*, vol. 9, págs. 59-79.

PETTIT, Philip (1997b), *Republicanismo: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidos, Buenos Aires.

PETTIT, Philip (2002), "Is Criminal Justice Politically feasible?", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, págs. 427-450.

PETTIT, Philip (2012), *On the people´s terms*, Cambridge University Press, New York.

PETTIT, Philip / BRAITHWAITE, John (1990), *Not Just Deserts*, Oxford University Press, Oxford.

RAWLS, John (1967), "Two Concepts of Rules", en Philippa FOOT (ed.), *Theories of Ethics,* Oxford University Press, Oxford, págs 210-247.

ROBINSON, Paul /DARLEY, John (1995), *Justice, Liability & Blame. Community Views and the Criminal Law*, Westview Press, Boulder.

ROBINSON, Paul /DARLEY, John (2007), "Intuitions of justice: implications for criminal law and justice policy", *Southern California Law Review*, vol. 81, núm. 1, págs. 1-68.

ROBINSON, Paul (2012a), *Principios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse en qué medida*, Marcial Pons, Madrid.

ROBINSON, P. (2012b), "El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena", en Santiago MIR PUIG y Mirentxu CORCOY BIDASO *(Directores)*, *Constitución y Sistema Penal*, Marcial Pons, Madrid, págs 41-64.

WILLIAMS, Bernard (1981), "Una crítica del utilitarismo", en J.J.C. SMART, / Bernard WILLIAMS, *Utilitarismo: pro y contra*, Tecnos, Madrid.

SELEME, Hugo (2010), "La legitimidad como autoría", *Revista brasilera de filosofía*, RBF 234.

SUNSTEIN, Cass (2010), *Leyes de miedo*, Katz, Buenos Aires.

TYLER, Tom (1990), *Why People Obey the Law*, Yale University Press, New Haven.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1989), *En busca de las penas perdidas: deslegitimación dogmática jurídico-penal*, Ediar, Buenos Aires.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2009), "El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente", *Pensamiento Penal*, publicación en línea disponible en http://new.pensamientopenal.com.ar/01062010/doctrina03.pdf.