

LA DEMOCRATIZACIÓN REPUBLICANA DEL CASTIGO

Más allá del populismo y el elitismo penal

Romina Rekers

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo contiene algunos debates y conclusiones alcanzadas en mi tesis de maestría *La democratización republicana del castigo. El papel de la comunidad en la determinación de las penas*, defendida en 2017. Como es bien sabido, ningún trabajo es producto exclusivo del esfuerzo individual y por ello agradezco a los profesores y al personal de la Maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. También agradezco especialmente tanto a mi director de tesis, Guillermo Lariguet, por el esfuerzo y la paciencia insumidos en el desarrollo de este trabajo, como a los miembros del tribunal evaluador por sus constructivos comentarios. Además, el armado de este libro no hubiera sido posible sin el apoyo recibido durante el taller *De la tesis al libro* organizado por la *Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba*. Por otro lado, valoro los amables comentarios recibidos de parte de los árbitros anónimos que evaluaron este proyecto en el marco de la convocatoria pública y abierta organizada por la editorial. También agradezco los valiosos aportes de Lucas Misseri, Fabián Balcarce, Miguel Ángel Rodilla, José Luis Martí, Rodrigo Sánchez Brígido, Roberto Gargarella, Gustavo Beade y Gonzalo Penna a trabajos previos que encontraron destino en esta tesis. Del mismo modo, agradezco a los asistentes del *Cambridge Doctoral Workshop in Legal Theory* por sus aportes a una versión preliminar de este trabajo. El trabajo de investigación aquí plasmado no hubiera sido posible sin el acompañamiento de los participantes de los seminarios sobre republicanism y derecho penal que dirigí desde 2013 en el *Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Finalmente agradezco a mi madre, Griselda Rekers, sin cuyo esfuerzo no habría podido acceder a las oportunidades que me permitieron trabajar sobre estos temas y a mi marido, amigo y colega, Santiago Truccone Borgogno por apoyarme incondicionalmente.

PRÓLOGO

Andrés Rosler

INTRODUCCIÓN

En el popular debate entre Eugenio Raúl Zaffaroni y Carlos Santiago Nino en la revista *No hay derecho* entre 1991 y 1993, el último remarcó la necesidad de revisar los presupuestos teóricos del pensamiento crítico sobre los sistemas penales.¹ Haciéndose eco de esta carencia Nino elaboró una teoría liberal para los sistemas penales, que ofrecía fundamentos teóricos para una crítica y reforma liberal de estos mismos (1980). En la actualidad, la débil conexión entre la filosofía del derecho penal o del castigo y la teoría política sigue siendo una limitación para responder a las preguntas con mayor relevancia práctica en el ámbito de los sistemas penales. Este sigue siendo un desafío en la actualidad. Así para autores contemporáneos como Duff (2018) una teoría normativa del derecho penal “must be a theory of criminal law’s role in or in relation to a polity’s civil order, since criminal law is part of the institutional structure by which that civil order is constituted and sustained; so it requires a normative theory of civil order, which must be part of a political theory of the polity, of the state, and of the relationships between the polity and its citizens”².

En un ejercicio similar, y reforzando la necesaria conexión entre la teoría política y el análisis crítico de los sistemas penales, Philip Pettit y John Braithwaite (1990) propusieron una teoría integral de carácter republicano para los sistemas penales. Este libro pretende realizar un aporte en la misma dirección ofreciendo fundamentos teóricos políticos para la definición del rol del pueblo en la determinación de las penas. Adicionalmente, el ejercicio aquí propuesto, que no pretende ser aceptado como definitivo, es una invitación a indagar sobre los fundamentos normativos de nuestras críticas a los sistemas penales a fin de evitar que se conviertan en eslóganes poco robustos y solamente apoyados en la autoridad o simpatía que despierta su autor o autora.

Los sistemas penales cumplen una importante función en la estructura básica de la comunidad.³ Por un lado, regulan las relaciones entre agentes y agencias criminalizando y

¹La secuencia que compone el debate fue publicada originalmente en la revista *No hay derecho*. Véase *No hay derecho*, 1991: 4-8; 1992: 5-8; 1993: 25-16.

²Duff, R. A. (2018). *The realm of criminal law*. Oxford University Press, p. 186. “Debe ser una teoría del papel del derecho penal en o en relación con el orden civil de un gobierno, ya que el derecho penal es parte de la estructura institucional por la cual ese orden civil está constituido y sostenido; por lo tanto, requiere una teoría normativa del orden civil, que debe ser parte de una teoría política de la política, del estado y de las relaciones entre la política y sus ciudadanos”

³ Véase Rawls, 1999: 8, cuando afirma que “For us the primary subject of justice is the basic structure of society, or more exactly, the way in which the major social institutions distribute fundamental rights and duties and determine the division of advantages from social cooperation (...) Taken together as one scheme, the major institutions define men’s rights and duties and influence their life-prospects, what they can expect to be and how

castigando las afecciones más importantes a la autonomía y, de este modo, aportando a la realización de un ideal de justicia social que en términos generales se compromete con la igual libertad. Pero los sistemas penales, además, tienen el desafío en la construcción de la justicia social de no comprometer ellos mismos la igual libertad de los ciudadanos. Y para lograr esto último, es decir, para ser legítimos, deben estar sometidos al control de pueblo. De este modo, la coacción que administran los sistemas penales resulta compatible con la libertad de los destinatarios de la vigilancia, la amenaza y el castigo penal.⁴

Para que los sistemas penales resulten legítimos es necesario que la coacción que administran se encuentre sometida tanto a la influencia electoral como contestataria de la ciudadanía. Sin embargo, cuando los autores hablan de la democratización del derecho penal por lo general se refieren a las condiciones y límites de la influencia electoral sobre los sistemas penales. Este libro aborda este aspecto de los sistemas penales y su relación con la tarea que cumplen en la promoción de la justicia social o, lo que es lo mismo, la reducción de la dominación implicada en el delito.

Como consecuencia de este sesgo en el debate sobre la democratización de los sistemas penales, los enfoques se caracterizan por su respuesta sobre la participación de la comunidad en la creación del derecho penal⁵. Recientemente, autores republicanos como Antony Duff (1998, 2001), José Luis Martí (2009) y Roberto Gargarella (2012, 2014, 2016) han argumentado a favor de la democratización del derecho penal, entendiendo que aquella supone un mayor grado de participación de la comunidad en la configuración de diferentes aspectos de los sistemas penales. De allí, argumentan a favor de la presencia de determinadas condiciones institucionales necesarias para garantizar la participación igualitaria y de calidad. Sin embargo, otros autores como Philip Pettit (2002) consideran que en el ámbito del derecho penal se presentan dinámicas sociales que hacen necesario aislarlo, en determinados aspectos, de la influencia popular. En esa dirección se inscribe su propuesta de apartar la determinación de las penas de las manos del parlamento.

well they can hope to do. The basic structure is the primary subject of justice because its effects are so profound and present from the start. The intuitive notion here is that this structure contains various social positions and that men born into different positions have different expectations of life determined, in part, by the political system as well as by economic and social circumstances. In this way the institutions of society favor certain starting places over others.

⁴ Utilizo aquí la distinción y concepciones de justicia social y legitimidad propuesta por Pettit (2012: Caps. 2 y 3).

⁵ Aunque también hay un amplio desarrollo sobre la participación del pueblo en los procesos penales, por ejemplo, a través de los jurados populares, no es claro que estos dispositivos puedan ser clasificados como instancias de influencia popular electoral o contestataria.

Entre las razones a favor de la democratización del derecho penal encontramos razones epistémicas, es decir, razones en contra de los sesgos sistémicos tan frecuentes en el funcionamiento de los sistemas penales; razones motivacionales, es decir, razones a favor de la confianza y la obediencia del derecho penal; y de legitimidad, es decir, razones para la justificación de la coacción que ejercen los sistemas penales.

En este trabajo, intentaré presentar razones en favor de la democratización del derecho penal, específicamente, de un mayor grado de participación de la comunidad en la determinación de las penas. Estas razones tienen la particularidad de apoyarse en un ideal republicano aplicable a los sistemas penales. Me centraré en las razones del orden de lo motivacional y en las de legitimidad. Para ello adoptaré como marco teórico el republicanismo, específicamente el monismo de la libertad como no-dominación conforme al cual las instituciones, entre estas los sistemas penales, deben promover la libertad como no-dominación de los ciudadanos.

Las razones de tinte republicana a favor de la democratización de las penas deben ser capaces de responder las siguientes preguntas: 1) ¿Cómo deben diseñarse los sistemas penales para disminuir la dominación que tiene lugar tanto a través de la interferencia arbitraria privada -delito- como de la interferencia arbitraria estatal -castigo arbitrario-?; 2) ¿Es la participación de la comunidad en la determinación de la cantidad de castigo una variable relevante que debe ser considerada a la luz de aquel objetivo?; 3) La participación de la comunidad en la determinación de las penas ¿Puede traducirse en más libertad como no-dominación en sociedades con altos índices de pobreza?

Con el objetivo de disminuir ambos tipos de interferencias arbitrarias, la estatal -penas arbitrarias- y la privada -delito-, se requiere un sistema penal que defina qué cuenta como delito y en qué condiciones alguien puede ser considerado responsable penalmente. Por otro lado, se requieren instituciones destinadas a perseguir y castigar de un modo no-arbitrario a los autores de tales infracciones.

A la par de definir las infracciones que contarán como delitos, establecer criterios para identificar a los responsables por tales infracciones, y ofrecer un proceso a través del cual la comunidad investigue y llame a responder a los responsables, los sistemas penales deben definir el castigo correspondiente a cada infracción. El castigo estará justificado, en términos republicanos, en la medida en que promueva la libertad de los ciudadanos, disminuyendo la dominación que provoca el delito, sin convertirse él mismo en arbitrario. Pero, además, los

sistemas penales deben definir cuál será el grado de participación de la comunidad en la definición del castigo aplicable a cada delito.

La comunidad puede participar en la determinación de las penas aplicables a cada delito en dos momentos. Uno de ellos ocurre en la determinación de la escala penal aplicable a cada delito en abstracto; y el otro transcurre, en la determinación de la pena aplicable a un agente responsable en el contexto de un caso concreto. En este segundo momento, un mayor grado de participación de la comunidad en la determinación de las penas aplicables puede promoverse a través de la implementación de jurados populares. En este aspecto, el republicanismo puede aportar elementos para la evaluación y el diseño de esta práctica. Sin embargo, no es de este tipo de participación popular la que será objeto de trabajo. La razón para dejar momentáneamente fuera de análisis esta política de democratización responde a que se trata de una práctica que no se encuentra igualmente expuesta a las dinámicas sociales enmarcadas en el fenómeno del populismo penal.

Adicionalmente, la función de los jurados suele consistir en la valoración y el encuadramiento de los hechos, antes que en la determinación de la cantidad de pena adecuada para el caso. Por el contrario, la determinación de las escalas penales responde a consideraciones sobre la gravedad de los delitos en abstracto. Diferentes comunidades estratifican los delitos adoptando disímiles criterios y asociación de diferentes penas en función del lugar que ocupan en la estratificación. Esta práctica, la actividad legislativa que se lleva a cabo antes de la comisión del delito, puede resultar más o menos permeable a la influencia de la ciudadanía.

En este trabajo tampoco me ocupo de la influencia popular sobre la determinación de las penas máximas de los sistemas penales. La pregunta sobre si pena de muerte sí o no, y sobre si aquella respuesta puede depender de las preferencias de los ciudadanos queda exenta de análisis en esta oportunidad, en lugar de ello me propongo establecer cuál debe ser el grado y la forma de la influencia popular sobre la cantidad de castigo que los sistemas penales asigna a cada delito.

Se destacan dos estrategias de carácter republicano para defender un mayor grado de participación de la comunidad en la determinación de las penas. La diferencia entre ambas radica en las diferentes interpretaciones sobre la tradición política republicana en las que se apoyan. Una estrategia reconoce que el autogobierno y la participación democrática tienen un valor intrínseco o un valor que deben promover las instituciones. Este ha sido el camino argumentativo que han seguido autores republicanos como José Luis Martí (Martí, 2009) y

Roberto Gargarella (2007; 2016) al referirse a los sistemas penales. Luego, una distinta manera de comprometerse con la participación de la comunidad en la determinación de las penas es aquella que otorga a la democracia un valor instrumental para la promoción de otro valor republicano, el de la libertad política. Aquella debería ser la propuesta privilegiada de un teórico republicano, si no quiere enredarse con alguna versión del humanismo cívico que lo comprometa con cierta forma de perfeccionismo⁶. El republicanismo que inspira este trabajo considera que la democracia tiene un valor instrumental para la promoción de la libertad como no-dominación. Éste republicanismo representa la tradición ítalo-atlántica y se contrapone a la versión continental, que se instancia en la concepción de libertad y democracia de Rousseau. Mientras que los críticos del liberalismo como Hannah Arendt (1958; 1973) y Michael Sandel (1996) parecen identificarse con esta versión del republicanismo, los autores liberales la eligen para defender los méritos de su propio enfoque⁷.

Quienes consideran que la democracia tiene un valor instrumental, presentan razones a favor y en contra de la participación de la comunidad en la determinación de las penas. En contra de un mayor grado de participación de la comunidad en la determinación del castigo, se exhiben datos sobre una tendencia punitivista en los ciudadanos que favorece penas severamente desproporcionadas y arbitrarias. Así, la verdad de esta premisa ha llevado a muchos teóricos, preocupados por la dominación que conlleva el castigo arbitrario a defender alguna forma de elitismo penal (Pettit, 1997; 2002).

A favor de un mayor grado de participación de la comunidad en la determinación del castigo, se cuestiona la verdad de esta premisa: Se argumenta que, en condiciones deliberativas adecuadas, los ciudadanos son más benevolentes y razonables de lo que se cree. Algunos estudios empíricos sobre la actuación de los jurados populares o experimentos psicológicos son utilizados en apoyo de este punto (Bergoglio, 2016; Roberts, 1992). Aquellos han sido los argumentos que han escogido muchos de los teóricos que sostienen posiciones a favor de la democratización del derecho penal. Sin embargo, la aceptación de este enfoque asume que la participación de la comunidad en la determinación del castigo debe posponerse hasta que estén dadas tales condiciones institucionales. También supone que no hay nada que un mayor grado

⁶ En el ámbito de la filosofía política, el resurgimiento del republicanismo respondió en un primer momento a una interpretación de la tradición política republicana identificada como humanismo cívico que resaltaba el valor de la participación política y el compromiso cívico. Esta interpretación de la tradición republicana abona una filosofía política republicana que tiene por objetivo promover un ideal de la vida buena vinculado con la participación y la virtud cívica (Lovett, 2017). La interpretación provista por el humanismo cívico ha sido adoptada por autores como Roberto Gargarella (2001; 2016) y Michael Sandel (1996).

⁷ Pettit, P. (2012). *On the people's terms*. New York: Cambridge University Press, p. 12.

de participación pueda aportar al objetivo republicano de promoción de la libertad como no-dominación, allí donde no están dadas tales condiciones.

A través del desarrollo en los sucesivos capítulos de este libro, intentaré ofrecer razones a favor de un mayor grado de participación de los ciudadanos en la determinación del castigo. Sin embargo, a diferencia de quienes se oponen al elitismo penal, las razones que daré parten de aceptar la existencia de una tendencia en los ciudadanos a favorecer castigos arbitrarios. Más concretamente, sostendré que no es necesario concluir en la corrección del elitismo penal, aunque aceptemos la verdad de esta premisa. Por el contrario, la verdad de aquel supuesto debe contar como una razón a favor de ampliar la participación de los ciudadanos en la determinación del castigo como forma de promover la libertad en tanto no-dominación bajo tales condiciones no ideales.

Por un lado, contrariamente a quienes suscriben alguna versión de elitismo penal, argumentaré que las preferencias punitivas arbitrarias de los ciudadanos cuentan como una razón a favor de un mayor grado de participación del pueblo en los sistemas penales. Por otro lado, contrariamente a lo que han sostenido quienes favorecen un mayor grado de participación de la comunidad en la determinación de las penas, sostendré que un mayor grado de participación de la comunidad en la definición del castigo promueve el objetivo republicano, incluso si no se verifican las condiciones deliberativas adecuadas.

Finalmente argumentaré que, aunque fenómenos como las dinámicas de indignación y los linchamientos cuentan a favor de la democratización de los sistemas penales, esto no debilita la obligación del Estado en la promoción de condiciones institucionales adecuadas para favorecer preferencias punitivas razonables.

El libro se estructura de acuerdo al siguiente esquema. El capítulo I ofrece algunas definiciones de utilidad para abordar el resto de los apartados. Las definiciones ofrecidas intentan ser mínimamente controversiales de modo que podrían acordar con ellas quienes defienden los diferentes enfoques analizados en el Capítulo II. Luego, se describe lo que implicará trabajar en el plano de la teoría no ideal y adoptar una estrategia incrementalista para la promoción de la democratización del castigo. En la tercera parte de este capítulo, se describe el enfoque republicano ítalo-atlántico adoptado como ideal regulativo para analizar la tensión entre participación popular y libertad en el ámbito de los sistemas penales. Desde el aspecto más general de la teoría política hasta sus consecuencias para el ámbito de los sistemas penales, se describe la teoría política neorepublicana *mainstream* representada en el trabajo de Philip Pettit. Este enfoque, que se caracteriza como un monismo de la libertad en tanto no-

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	2
PRÓLOGO.....	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I.....	12
Algunas definiciones orientadoras	12
Una teoría no ideal y una estrategia incrementalista.....	15
El enfoque republicano.....	17
La libertad en tanto no-dominación como objetivo político	17
La concepción neorepublicana de democracia.....	23
La política criminal republicana.....	27
CAPÍTULO II	37
Elitismo y populismo penal.....	37
La libertad como no-dominación como objetivo de los sistemas penales.....	40
El elitismo penal de Philip Pettit	43
El autogobierno como objetivo político	48
José Luis Martí y el republicanismo fuertemente democrático.....	50
Anthony Duff y el derecho penal democrático	56
El republicano cívico de Roberto Gargarella	60
El republicanismo en la teoría de Eugenio Raúl Zaffaroni	63
El enfoque de la credibilidad moral de Paul Robinson	66
CAPITULO III.....	75
En contra del elitismo penal de Philip Pettit	76
La participación como fin de la tiranía de la venganza	79
La teoría agnóstica de Zaffaroni.....	85
Democratización, exclusión y pobreza.....	86
Razones a favor de la participación de la comunidad en la determinación del castigo.....	90
La credibilidad moral del sistema de justicia penal.....	91
La legitimidad de y la justicia social por los sistemas penales.....	92
La pena como expresión o contención de resentimiento.....	96
La eliminación de los impedimentos para el juicio vinculados a la legitimidad.....	98
El elitismo y el populismo penal como fuentes de dominación	99
CAPÍTULO IV	104
Una estrategia incrementalista de democratización	104

La democratización del castigo como parte de la teoría de la teoría integral republicana para los sistemas penales	106
El rol de la comunidad en una nueva teoría republicana para los sistemas penales	111
Participación, legitimidad y justicia social.....	118
Cerca del pueblo: las encuestas deliberativas.....	119
Con los expertos: el modelo del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático	122
CONCLUSIONES	126
BIBLIOGRAFÍA.....	128
FUENTES	137
SOBRE LA AUTORA	138
ÍNDICE	139