

Derecho penal democrático y participación ciudadana

Daniel Varona Gómez

Universitat de Girona

*Abstract**

Es común en la doctrina penal recelar de la evolución reciente y el estado actual del Derecho Penal, acusando a políticos y ciudadanos de haber llevado al Derecho Penal a una inflación punitiva injustificada e ineficaz. Ante ello suele proponerse el retorno a épocas pasadas donde el Derecho Penal era un dominio reservado para los expertos en este campo, alejado así de motivaciones políticas y del tumulto de las masas. Frente a ello en el presente trabajo se defiende la propuesta inversa, esto es, el Derecho Penal moderno debe edificarse sobre la base de una mayor participación ciudadana, tanto en lo que respecta a la creación del Derecho Penal como en su aplicación. Para ello se presentan los argumentos que apoyan la tesis relativa a la mayor participación ciudadana y se discuten críticamente los razonamientos comúnmente presentados en contra de esta tesis.

Es ist in der Strafrechtslehre üblich, die jüngsten Entwicklungen und den aktuellen Stands des Strafrechts zu befürchten, und Politiker und Bürger zu beschuldigen, zu einer ungerechtfertigten und ineffektiven Strafinflation geführt zu haben. Vor diesem Hintergrund wird in der Regel vorgeschlagen, zu einer vergangenen Zeit zurückzukehren, in denen das Strafrecht eine Domäne für Experten war, d.h. abseits von politischen Motivationen und Massentumult blieb. Dagegen wird in der vorliegenden Arbeit der umgekehrte Vorschlag verteidigt, das heißt: das moderne Strafrecht muss auf der Grundlage einer intensiveren Bürgerbeteiligung sowohl in Bezug auf die Schaffung von Strafrecht als auch auf dessen Anwendung aufgebaut werden. Zu diesem Zweck werden die Argumente, die die These einer stärkeren Bürgerbeteiligung unterstützen, dargestellt sowie die gängigen gegen diese These formulierten Argumenten kritisch erörtert.

It is fair common in penal literature to lament the evolution and present state of criminal law, which is deemed too punitive and ineffective due to the activity of politicians and popular pressure. As a remedy it is common to defend a return to past times where the criminal law was a territory dominated by experts in the field, insulated from policy motivations and mass pressures. Contrary to this solution, in the paper it is defended the reverse thesis: the modern criminal law must be built upon the base of an ample citizen involvement, both in the creation and in the law enforcement. In the paper the arguments in favor of this citizen involvement are presented and the reasons usually alleged contrary to that involvement are criticized.

Titel: Demokratisches Strafrecht und Bürgerbeteiligung.

Title: Democratic criminal law and public involvement.

Palabras clave: democracia deliberativa, política criminal, opinión pública, justicia penal, participación ciudadana.

Stichworte: Deliberative Demokratie, Kriminalpolitik, öffentliche Meinung, Strafjustiz, Bürgerbeteiligung.

Keywords: deliberative democracy, penal policy, public opinion, criminal justice, citizen participation.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "La ejecución de la pena en la era de expansión del Derecho Penal" (DER2014-59743-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Correspondencia a daniel.varona@udg.edu.

Sumario

1. Introducción

2. Las razones para “democratizar” el Derecho penal

2.1. “La voz pública ha llegado para quedarse”: Democracia y desarrollo humano

2.2. Un Derecho penal eficiente necesitar estar atento a la voz ciudadana

2.3. La política criminal como “política”: sobre el sentido de la apelación a un Derecho penal “democrático” en el marco de una democracia deliberativa

2.4. Justificación del castigo y consenso ciudadano en una sociedad democrática

3. “Aislando” el Derecho penal: razones (no convincentes) para delegar el Derecho penal a comisiones técnicas (expertos)

3.1. El argumento de la “sabiduría” (expertise)

3.2. El argumento de la volatilidad de la opinión ciudadana

3.3. El argumento finalista: un Derecho penal que permita la participación ciudadana será un Derecho Penal draconiano

4. La tarea pendiente: sobre el papel ciudadano en la génesis y aplicación de un Derecho penal democrático.

5. Bibliografía

1. Introducción

Es común en la literatura penal y criminológica escuchar un recurrente lamento sobre el estado de la política criminal actual. Este lamento haría referencia a la evolución del Derecho penal en una dirección cada vez más expansiva o punitiva. En esta línea, expresiones como “populismo punitivo”¹, “expansión del Derecho Penal”², “nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”³ o “cultura del control”⁴, se han popularizado para definir la política criminal contemporánea; a la vez que han sido objeto de una intensa discusión académica en los últimos años⁵.

En España existe de hecho ya una abundante literatura que ha tratado de dar cuenta del fenómeno en cuestión, y que prácticamente sin fisuras es unánime a la hora de reconocer en nuestra propia

¹ BOTTOMS, «The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing», en CLARKSON/MORGAN (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, 1995, pp. 17 ss.

² SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001.

³ Díez RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *RECPC*, (6-3), 2004.

⁴ GARLAND, *The Culture of Control*, 2001.

⁵ En particular se ha debatido la propia existencia de un “giro punitivo” (*punitive turn*) en los países occidentales (clásico en este punto es el trabajo crítico de Roger MATTEWS, «The myth of punitiveness», *Theoretical Criminology*, [9-2], 2005, pp. 175-201; recientemente vid. HAMILTON, «Reconceptualizing Penalty. Towards a Multidimensional Measure of Punitiveness», *The British Journal of Criminology*, [54], 2014, pp. 321 ss.); y en aquellos donde se ha identificado tal evolución se ha reflexionado arduamente sobre las causas o determinantes de dicho proceso.

evolución punitiva los rasgos del populismo (o giro) punitivo y el (parafraseando el título de un reciente trabajo de DÍEZ RIPOLLÉS⁶) “abuso del sistema penal”⁷.

Es también común que en muchos análisis, nosotros, los “académicos” (profesores universitarios, investigadores), lejos de plantearnos si nuestro tradicional desdén por la política-criminal y la criminología y nuestra paralela predilección por la dogmática penal (la “auténtica ciencia” del Derecho Penal), puede haber contribuido a la evolución contemporánea del Derecho penal⁸, señalemos como principales culpables de la deriva punitiva a dos actores que suelen considerarse indisolublemente unidos: políticos y ciudadanos. Es más, suele considerarse que es precisamente el descrédito y marginación de los “expertos” (entre ellos, nosotros, los académicos, y el aparato técnico de aplicación de las leyes: jueces, técnicos de prisiones, etc.) por parte de los políticos, que en su lugar prefieren escuchar y seguir la voz de la “masa”, lo que explica la actual situación del Derecho penal.

Ciertamente, esta genealogía del proceso parece compartida por los actores políticos, pues éstos, como de hecho uno esperaría, suelen referirse a la demanda popular o ciudadana como coartada para justificar las reformas penales que emprenden. Todo ello es lo que se conoce, en el ámbito académico, como la “Teoría de la Democracia en funcionamiento” (*Democracy at work*)⁹, según la cual la expansión actual del Derecho penal no sería sino la derivada final del proceso democrático: políticos haciendo caso de ciudadanos que quieren más Derecho penal. Veamos algunos (aparentes) ejemplos de este proceso.

2003 suele señalarse como un año clave en la consolidación del populismo punitivo en España¹⁰, pues ese año se promulgaron diversas leyes que claramente se inscriben en la línea del mayor rigor penal. Y en esas iniciativas legislativas se puede observar de forma nítida una apelación por parte de los políticos a las demandas ciudadanas. Así, en la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio, de nombre ya bastante explícito sobre el nuevo clima penal (“de medidas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”), se justifica esta ley apelando a que “la sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves (...)”. Igualmente, en la Exposición de Motivos, esta vez de la LO 15/2003, que supuso una reforma importante del Código penal, también en línea punitiva, se justifica dicha reforma apelando a la necesidad de

⁶ «El abuso del sistema penal», *RECPC*, (19-1), 2017.

⁷ Sin ánimo de exhaustividad puede consultarse SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001; DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, (6-3), 2004; LARRAURI PIJOAN, «La Economía Política del Castigo», *RECPC*, (11-6), 2009; DEL ROSAL BLASCO, «¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?», *RECPC*, (11-8), 2009; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, «Aumento de presos y Código penal. Una explicación insuficiente», *RECPC*, (13), 2011. No obstante, debe señalarse que el reciente descenso de la población penitenciaria en España parece estar reconfigurando algunos discursos (vid. BRANDARIZ GARCÍA, «La evolución de la penalidad en el contexto de la Gran Recesión: la contracción del sistema penitenciario español», *RDPC*, [12], 2014, pp. 30 ss.).

⁸ Así lo denuncia, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, (6-3), 2004, pp. 22-23.

⁹ Katherine BECKETT, *Making Crime Pay*, 1997; y Natasha FROST, «Beyond Public Opinion Polls: Punitive Public Sentiment & Criminal Justice Policy», *Sociology Compass*, (4-3), 2010, p. 157.

¹⁰ DEL ROSAL BLASCO, *RECPC*, (11-8), 2009, p. 18.

“adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas (...) *de acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales*, con el fin de conseguir que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual (...)” (énfasis añadido).

Otro claro ejemplo puede encontrarse en la reforma del Código penal llevada a cabo por la LO 15/2007 en materia de delitos de tráfico (contra la seguridad vial). Una ley que ha tenido un impacto al alza extraordinario en el volumen de condenas penales, al penalizar conductas que anteriormente eran ilícitos administrativos. En realidad, en la Exposición de Motivos de esta ley no existe una apelación directa a la opinión pública o las demandas sociales como origen de la reforma, pero si acudimos a las actas del Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados que recogen las discusiones parlamentarias sobre la ley podemos observar con muchísima claridad dicha explicación de la reforma:

“debemos atender a la demanda social de protección de la inmensa mayoría de conductores cumplidores de normas y también a la alarma social que provocan hechos de los que se derivan consecuencias desastrosas para la vida y la integridad física de miles de personas sin que hasta ahora la justicia haya podido realizar plenamente su función reparadora y punitiva debido al tratamiento inconcreto que conductas antisociales en el uso de la velocidad y el consumo de alcohol tienen en este momento en nuestro Código Penal (...) no son solo las víctimas de los accidentes de tráfico quienes claman contra la ley de la selva que algunos parecen defender, es también la inmensa mayoría de la sociedad quien lo demanda. Según conocidas encuestas realizadas en nuestro país (...) el 72 por ciento de los ciudadanos aprueba que tenga consideración de delito superar en más del doble los límites de alcohol permitidos (...) Se trata, señorías, de *una respuesta democrática a la demanda social*”¹¹.

Y un último ejemplo, más reciente y de gran calado simbólico, puede encontrarse en la introducción en nuestro ordenamiento de la discutidísima pena de “prisión permanente revisable”, que se justifica en el segundo párrafo del preámbulo de la ley de reforma del Código penal (LO 1/2015) de la siguiente forma:

“La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, *sean percibidas en la sociedad como justas*. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, *en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido*” (énfasis añadido).¹²

¹¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 2007, núm. 266, pp. 13289-13290, intervención de Mayoral Cortés por el Grupo Parlamentario Socialista, énfasis añadido.

¹² La historia legislativa de este párrafo del preámbulo de la ley de reforma es algo oscura. Los proyectos presentados hasta el 21 de enero de 2015 incluían la referencia a “resoluciones judiciales (...) [que] sean percibidas en la sociedad como justas”, pero no aludían directamente a la “demanda” ciudadana en relación con la prisión permanente revisable (“los ciudadanos demandaban”). Si uno consulta el *iter* legislativo se aprecia que este párrafo del preámbulo fue modificado, introduciendo dicha mención a la demanda ciudadana, sin justificación específica alguna (salvo error por mi parte), por la Comisión de Justicia (vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 22 de enero de 2015; en la misma publicación, el día anterior, puede observarse en p. 51 el texto hasta entonces del preámbulo, donde no figuraba la referida alusión).

En definitiva, como todos estos ejemplos demuestran, la opinión pública se convierte así (a ojos del legislador) en el verdadero motor de la política criminal actual¹³.

Por todo ello, no es ciertamente de extrañar que, como hemos dicho, la doctrina penal se haya sumado a esta contemplación de la opinión pública, y más concretamente, de la (supuesta) nueva actitud punitiva de la ciudadanía, como uno de los factores básicos que explicarían la deriva de la actual política criminal.

Así, por ejemplo, uno de los penalistas más influyentes, Enrique GIMBERNAT, ya hace unos años, en el prólogo a la cuarta edición del Código penal de una conocida editorial (Tecnos), en el que se ocupaba precisamente de las reformas del año 2003, finalizaba su comentario aludiendo a que

“Hace ya unos cuantos años que en los países democráticos –no sólo en España– los políticos descubrieron que en el Derecho Penal –más precisamente: que en el *endurecimiento* del Derecho Penal– había una gran cantera de votos. Corren malos tiempos”.

Y otro ilustre penalista, Santiago MIR, refiriéndose a la reforma del Código penal en materia de seguridad vial (LO 15/2007) escribe que

“La mayor parte de la doctrina penal ve con recelo, cuando no con abierto rechazo, la actual tendencia a la ‘mano dura’ que predomina en la actualidad. Ello no se corresponde generalmente con la actitud más extendida de la población, que sí suele manifestarse favorable al endurecimiento del Derecho penal. Esta actitud se basa en la suposición de que la elevación del rigor penal ha de tener efectos inmediatos y significativos en la evitación de delitos, y también en la percepción de que los delincuentes son ‘otros’”¹⁴.

¹³ En este sentido, señala VIVES ANTÓN en un artículo de opinión en el diario *El País* (30 de enero de 2015) sobre la introducción de la pena de prisión permanente revisable, que “[c]omo pone de manifiesto ese párrafo [sc. de la exposición de motivos], la justificación básica de la introducción de la nueva pena se halla en la demanda social (...)”. Es un diagnóstico acertado: una lectura de la discusión parlamentaria (tanto en el Congreso como en el Senado) en relación con esta reforma penal confirma claramente que, efectivamente, el legislador español (en este caso, el PP debido a su mayoría absoluta) apeló al (presunto) “apoyo” o “consenso” de los ciudadanos para tratar de justificar la introducción de esta nueva pena (vid., por ejemplo, la última discusión parlamentaria que tuvo lugar en el Senado el día 11 de marzo de 2015, Diario de Sesiones del Senado, Pleno, 11 de marzo de 2015, pp. 13948 ss.; y en el Congreso el día 26 de marzo de 2015: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente: “Se introduce, en efecto, un nuevo esquema penológico, incorporando la prisión permanente revisable como pena máxima en el Código Penal, incorporación que cuenta –no tienen ustedes derecho a ignorarlo ni a pasarlo por alto– con el apoyo de dos tercios de los españoles (...). Es una reforma que está atenta a los ciudadanos y a su seguridad, para los que es incomprensible buena parte de los discursos que se han escuchado en esta Cámara. Creemos que ustedes se alejan de la sociedad con ese posicionamiento político, una sociedad que demandaba esta pena para determinadas conductas hace mucho tiempo”, pp. 50-51).

¹⁴ MIR PUIG, «Presentación», en MIR/CORCOY (dirs.), *Seguridad Vial y Derecho penal*, 2008, p. 16. Vid. también EL MISMO, «Contexto internacional y español de la contrarreforma del Derecho Penal español», en EL MISMO/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Política Criminal y reforma penal*, 2007, p. 19: “la opinión pública española, como la de otros muchos países, es ampliamente favorable a un tratamiento más contundente de la delincuencia” (énfasis en el original). En la doctrina penal española parece pues asumirse este “punitivismo ciudadano”, discutiéndose si se ha generado autónomamente o es más bien producto de la influencia de los medios de comunicación y del discurso político. Vid. también FARALDO CABANA, «Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», en LA MISMA (dir.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 320, quien comentando las reformas introducidas por la LO 7/2003, y en particular el aumento del límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión, escribe que “[e]ste aumento de la duración de la pena de prisión (...) es una manifestación más del incremento en las actitudes punitivistas del legislador y de la ciudadanía que se aprecia en los últimos años no ya

Diagnosticado de esta forma el problema, no puede sorprender su remedio: para un sector relevante de la literatura, la solución al (lamentable) estado actual de la política criminal pasaría precisamente por “des-politizarla”, esto es, extraerla de manos de los políticos para situarla en el ámbito de los expertos (comisiones legislativas técnicas); pues éstos, debido a (1) su *expertise* o sabiduría, y (2) su aislamiento de las presiones populares, estarían en mejores condiciones para crear leyes penales que serían así racionales y efectivas.

Ésta es la propuesta de influyentes autores como Philip PETTIT¹⁵ o ZIMRING/HAWKINS/KAMIN¹⁶. Para PETTIT

“De todos los aspectos de la organización social, la justicia penal es la que ha resultado más resistente a los intentos de una deliberación razonada y una discusión sobre la naturaleza de una buena sociedad y una buena política”¹⁷.

Ello sería así porque el Derecho penal, según este autor, no puede escapar de la “dinámica del escándalo” (*Outrage Dynamic*), que dominaría el proceso de generación de las leyes, y que pasa por (1) la exposición de un mal (típicamente cierto delito especialmente horrendo); (2) el escándalo popular derivado de dicho mal; y (3) la reacción política a dicha exposición y escándalo:

“está claro que los políticos elegidos tienen poco margen de decisión a la hora de responder al escándalo provocado por un delito que no pase por anunciar una pena que satisfaga, según los estándares culturales locales, ese sentimiento de escándalo. La respuesta rutinaria será así anunciar el propósito de establecer penas más duras o, si éstas ya están en máximos, medidas policiales más restrictivas o mayores esfuerzos por detener a los culpables”¹⁸.

Ante ello, ¿cuál es la solución que propone este autor?:

“La solución que tengo en mente es una donde la política general sobre los castigos – la política que fija los marcos de pena para los tribunales – sería extraída de manos del parlamento y depositada en primera línea en un cuerpo que operaría como un apéndice del parlamento y del gobierno. El modelo de tal apéndice sería el banco central o la reserva federal (...). La idea tras esta estructura sería sustraer el poder decisorio en materia de política penal de las presiones del momento de la indignación popular”¹⁹.

sólo en España, sino en todos los países occidentales. Es difícil resumir las causas de este fenómeno. Sería demasiado simple atribuirlo al tratamiento de la criminalidad por parte de los medios de información, porque si bien la prensa suele reclamar expresamente sanciones más severas, o una aplicación más severa de la ley por parte de los Tribunales de Justicia, esa exigencia coincide normalmente con las convicciones ya existentes en la ciudadanía, que se limita a reforzar”. Vid. también SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, p. 22, con más detalle pp. 37 ss.; y DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, (6-3), 2004, pp. 25 ss., quien tras presentar el modelo actual de Derecho penal, que denomina “modelo penal de la seguridad ciudadana”, señala como agentes sociales responsables de él, en primer lugar, a los medios de comunicación, en segundo lugar a la propia comunidad, y en tercer y último lugar a los partidos políticos.

¹⁵ «Prisons, Politicians and Democracy», en DUNNE et al. (eds.), *Questioning Ireland: Debates in Political Philosophy and Public Policy*, 2000, pp. 155 ss.; EL MISMO, «Is Criminal Justice Politically Feasible?», *Buffalo Criminal Law Review* (Special Issue), (5-2), 2002, pp. 427 ss.

¹⁶ *Punishment and democracy: Three strikes and you're out in California*, 2001.

¹⁷ Philip PETTIT, *Buffalo Criminal Law Review* (Special Issue), (5-2), 2002, p. 427.

¹⁸ Philip PETTIT, *Buffalo Criminal Law Review* (Special Issue), (5-2), 2002, p. 435.

¹⁹ Philip PETTIT, *Buffalo Criminal Law Review* (Special Issue), (5-2), 2002, pp. 441-442. Ello ya lo había anunciado un poco antes: “El cambio que tengo en mente puede describirse con una simple palabra: des-politizar. Si las decisiones

En similares términos se pronuncian ZIMRING/HAWKINS/KAMIN²⁰, quienes directamente aluden al modelo de los bancos centrales independientes (algo ya mencionado por PETTIT²¹) como modelo a seguir en la política criminal, para evitar los excesos a que, según estos autores, abocan aquellos sistemas que permiten una influencia más directa de los ciudadanos en la política criminal²².

En definitiva, se suele apelar a un modelo de “delegación”, en el que las decisiones político-criminales dejen de estar en manos directas de los políticos y la ciudadanía y pasen por la intermediación de cuerpos expertos (“guardianes platónicos” como irónicamente los denomina LOADER²³).

De hecho, ésta es probablemente, en origen, la justificación de instituciones como la Comisión General de Codificación, un órgano que existe hace muchos años en nuestro país (fue creada en 1843) y que en su sub-sección penal lleva sin embargo décadas sin reunirse. Un ejemplo más moderno de este tipo de órganos “expertos” puede apreciarse en la constitución de la denominada Comisión Técnica para el Estudio de la Reforma del Sistema de Penas del Código penal, creada en el año 2000²⁴, y que en teoría debía informar las importantes reformas penales que estaban por venir (y que como hemos dicho cristalizaron en 2003). En la Orden del Ministerio de Justicia en la que se alumbra dicha Comisión se dice:

“Constituye uno de los compromisos del Gobierno revisar el vigente sistema de penas del Código Penal, su grado de aplicación y eficacia y, en su caso, la elaboración de una propuesta de reforma legal. La complejidad teórica de la labor que se pretende abordar y su trascendencia aconsejan la constitución, en el seno del Ministerio de Justicia, de una Comisión Técnica en la que estarán representadas las Carreras Judicial y Fiscal, la Abogacía del Estado, la Abogacía y la Universidad”.

En esta afirmación puede apreciarse con nitidez el argumento último del modelo de delegación: “la complejidad teórica”, esto es, la necesidad de un conocimiento experto (*expertise*) como base para la transferencia de la decisión allende la arena política²⁵.

sobre las penas y la política penal fueran des-politizadas, si fueran encomendadas a una estructura de comités expertos e imparciales que analizaran los efectos agregados de cada iniciativa que tomaran, entonces —y sólo entonces— habría una oportunidad para racionalizar la manera en la que dirigimos el sistema de justicia penal (...) Si la guerra es demasiado importante como para dejarla en manos de los generales, la justicia penal es demasiado importante como para dejarla en manos de los políticos” (Philip PETTIT, en DUNNE *et al.* [eds.], *Questioning Ireland*, 2000, p. 160).

²⁰ ZIMRING *et al.*, *Punishment and democracy*, 2001, pp. 181 ss.

²¹ En DUNNE *et al.* (eds.), *Questioning Ireland*, 2000, p. 160.

²² De hecho, la propuesta de estos autores parte de su análisis de la famosa ley californiana “*Three strikes and you’re out*”, que ellos interpretan como ejemplo paradigmático del efecto pernicioso de los “impulsos democráticos” directos en la política criminal, pues la ley nació de la iniciativa popular y fue aprobada en referéndum. En la misma dirección puede consultarse también Nicola LACEY, *The Prisoner’s Dilemma. Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, 2008, pp. 191-192, aludiendo a la analogía del “*Monetary Policy Committee*” en Inglaterra.

²³ Ian LOADER, «Fall of the “Platonic Guardians”: Liberalism, Criminology and Political Responses to Crime in England and Wales», *British Journal of Criminology*, (46-4), 2006, pp. 561 ss.

²⁴ Vid. BOE, 19 julio 2000.

²⁵ Debe matizarse que esta Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas no estaba en realidad plenamente “des-politizada”, pues la presidía el Director General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, su Secretario era el Subdirector general de Informes y Promoción Legislativa del mismo Ministerio, y sus vocales eran nombrados por el Ministerio de Justicia (a propuesta, eso sí, de diversos cuerpos; para más detalles vid. BOE, 19-7-2000, p. 25650). Sobre las propuestas concretas de esta comisión vid. VILLAMERIEL

Llegados a este punto y ante el éxito que parecen tener en el ámbito académico las propuestas relativas a la “des-politización” o “des-democratización” del Derecho penal, el objetivo del presente trabajo es reivindicar lo contrario, esto es, la “re-politización” o, mejor, la “re-democratización” del Derecho penal, entendiendo democratización en este contexto como la necesaria consideración de la opinión y participación ciudadana en la configuración del Derecho Penal (esto es, en su génesis y aplicación). Y, además, hacerlo intentando demostrar que ello no sólo no nos conduce a un peor Derecho penal, sino a uno “mejor”, tanto en términos de legitimidad como, probablemente, de humanidad. Según veremos, para ello será necesario aclarar el sentido en el que se entiende la referencia a un sistema “democrático” que, avanzamos ya, no puede limitarse a lo que postulan los actualmente dominantes modelos de democracia representativa. En su lugar, se defenderá la asunción en el ámbito del Derecho penal de los postulados de la democracia deliberativa.

2. Las razones para “democratizar” el Derecho penal

2.1. “La voz pública ha llegado para quedarse”: Democracia y desarrollo humano

Una primera cuestión que ha subrayado la literatura que se ha ocupado del estudio de la influencia de la opinión pública en la política criminal contemporánea es que, nos guste o no y dicho coloquialmente, la voz ciudadana ha llegado para quedarse. Así lo sostiene Mick RYAN, que ha dedicado interesantes estudios a analizar la evolución de la política criminal en Inglaterra y Gales. Este autor detalla como en estos países, en las décadas posteriores a la II Guerra Mundial la formulación de la política penal estaba fundamentalmente “en manos de una pequeña, casi exclusivamente masculina, élite”²⁶ y alejada así de cualquier discusión pública. La legitimación de esta práctica elitista era ya bien conocida en filosofía política y se remonta a clásicas discusiones sobre el temor a las “masas”:

“La denigración de la esfera pública (...) reproduce los miedos del liberalismo clásico sobre la democracia de masas. Los teóricos liberales de la segunda mitad del siglo XIX acogieron la insularidad tecnocrática del conocimiento experto [*expertise*] como una manera de evitar la tiranía de la opinión de las masas (...). No es que el pueblo se gobierne a sí mismo, sino que tenga la seguridad de un buen gobierno (...). El pueblo ha de ser soberano, pero él mismo es un soberano que debe emplear sirvientes más capacitados que él mismo”²⁷.

Pero debido a toda una serie de cambios macro-sociales, la política penal en Inglaterra y Gales a partir de los años 80 dejó de estar en manos de esa élite ilustrada para ser cada vez más permeable a una apelación por parte de los partidos políticos (primeramente el conservador) a la voz ciudadana. Ello es interpretado por este autor como parte de un proceso más amplio de reacción

PRESENCIO, «La Comisión Técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003», *Diario La Ley*, (6010), 2004. Cabe destacar que según este autor “La Comisión manifestó expresamente que la pena de prisión perpetua, postulada desde algunos sectores de opinión, debe considerarse tan inhumana como la pena de muerte y resulta absolutamente incompatible con cualquier idea de resocialización del delincuente, por lo que no recomendó en modo alguno su incorporación a nuestro sistema de penas”.

²⁶ Mick RYAN, «Penal Policy Making towards the Millennium: Elites and Populists; New Labour and the New Criminology», *International Journal of the Sociology of Law*, (27), 1999, p. 1.

²⁷ BURNEY, cit. en RYAN, *International Journal of the Sociology of Law*, (27), 1999, p. 5.

social frente a las dinámicas de profesionalización de la sociedad civil, que fueron acompañadas a su vez de la “pérdida” o “alienación” de la propia sociedad²⁸. Una reacción que lo que demandaba era precisamente el retorno del poder de decisión a la propia sociedad. Para RYAN, por tanto, nos guste o no, y aunque ciertamente en determinados contextos histórico-políticos la “elevación de la voz pública” (*up-grading of the public voice*) que tiene lugar contemporáneamente sea manipulada políticamente, está aquí para quedarse, y más en una época en la que las nuevas tecnologías posibilitan un activismo ciudadano aún más pronunciado, pues

“La gente está cada vez menos dispuesta a dejar los asuntos, incluyendo cuestiones penales complejas, a sus ‘maestros’²⁹.”

Este análisis, como el propio RYAN reconoce³⁰, está en línea con otros estudios sociológicos y politológicos que subrayan los cambios culturales que ha implicado la modernidad. En particular, la presencia de sociedades con ciudadanos cada vez más formados y por tanto menos “sumisos” o deferentes con la autoridad³¹. En este sentido, son ilustrativos los trabajos de Ronald INGLEHART y Christian WELZEL.

Estos autores, en su libro *Modernization, Cultural Change, and Democracy* (2005), describen la transformación de las sociedades contemporáneas como un proceso que conduce hacia formas de gobierno más democráticas y menos autoritarias. En concreto:

“nosotros interpretamos el cambio social contemporáneo como un proceso de desarrollo humano, que lleva a sociedades cada vez más humanísticas que ponen un énfasis creciente en la libertad y la expresión de la propia personalidad [*self-expression*]. Un ingente cuerpo de datos cros-nacionales demuestran que (1) la modernización socioeconómica, (2) el cambio cultural hacia un énfasis creciente en valores de expresión de la propia personalidad, y (3) la democratización, son todos ellos componentes de un único proceso subyacente: el desarrollo humano. La idea subyacente en todo este proceso es el ensanchamiento de la capacidad de elección de las personas. La modernización socioeconómica reduce los impedimentos externos sobre la capacidad de elección al aumentar los recursos materiales, cognitivos y sociales. Ello lleva a un creciente y masivo énfasis en los valores relativos a la expresión de la propia personalidad, que a su vez determina una demanda creciente por parte de la gente en favor de las libertades civiles y políticas, la igualdad de género, y un gobierno responsable, ayudando así a establecer y sostener las instituciones mejor diseñadas para maximizar la capacidad de elección; esto es, en una palabra, la democracia”³².

²⁸ RYAN pone aquí el ejemplo de la función policial, en una época difusa y en manos fundamentalmente de las víctimas o de la comunidad, y progresivamente “profesionalizada”, esto es, derivada a un cuerpo técnico y profesional que reclama la exclusividad en su función. Y citando luego a BURNEY, RYAN alude también a la medicina como otro sector en el que el control que en una época tuvo el pueblo sobre sus propios cuerpos fue extraído de sus manos y depositado en unos nuevos expertos: los médicos (RYAN, *International Journal of the Sociology of Law*, [27], 1999, p. 14).

²⁹ Mick RYAN, *Captured by the Media. Prison discourse in popular culture*, 2006, p. 38.

³⁰ *Captured by the Media*, 2006, p. 39.

³¹ Para Mick RYAN, *Captured by the Media*, 2006, p. 39, los dos temas clave en el proceso de “ascenso de la voz pública” son, primero, la educación generalizada y, segundo, el crecimiento de la sociedad de la información y comunicación.

³² Ronald INGLEHART/Christian WELZEL, *Modernization, Cultural Change, and Democracy. The Human Development Sequence*, 2005, p. 2.

“la democracia es un reflejo institucional del énfasis de las masas en la libertad y elección humana”³³. “(...) ello es así porque la democracia no es únicamente un fenómeno institucional: tiene que ver con los ciudadanos. Como TOCQUEVILLE, ALMOND Y VERBA, ECKSTEIN, PUTMAN y otros han defendido, para que la democracia funcione se requiere una serie de valores cívicos por parte de los ciudadanos. Entre esos valores cívicos, la confianza en los demás es importante para la democracia, pero lo es fundamentalmente a través de su relación con otros componentes de los valores relativos a la expresión de la propia personalidad como el anhelo de libertad, que tiene una relación más directa con la democracia”³⁴.

En definitiva, la pérdida de poder o deferencia hacia los “expertos” y el correlativo ascenso de la voz ciudadana tienen que ver con procesos macro-sociales complejos propios de la modernidad que han derivado en un profundo cambio respecto a los valores personales prioritarios. El “conformismo” con el sistema y la deferencia o respeto por la autoridad establecida pierden fuerza en la misma medida que la ganan los valores relacionados con la autonomía y la libertad individual. Este cambio cultural tiene un innegable reflejo institucional, pues hoy en día la tarea de gobernar es ciertamente más compleja (por sometida a sistemática contestación y escrutinio ciudadano) que antaño³⁵. Por todo ello, pretender que los diseños institucionales de épocas pasadas, pensados precisamente para amordazar a unas masas mayormente sumisas y respetuosas de la autoridad establecida, sean viables en el siglo XXI, debe tacharse cuando menos de ingenuo (al margen de, según veremos, algo más serio: anti-democrático). Como bien dice GREEN:

“Lo prudente y pragmático es afrontar los retos generados por una forma de hacer política no aislada de los ciudadanos, y mejorar los canales de consulta ciudadana para asegurar, en la medida de lo posible y antes de que sea invocada para justificar ciertas políticas, que la voz ciudadana es captada de forma más defendible de lo que lo es en la actualidad”^{36, 37}.

³³ Ronald INGLEHART/Christian WELZEL, *Modernization, Cultural Change, and Democracy*, 2005, p. 260.

³⁴ Ronald INGLEHART/Christian WELZEL, *Modernization, Cultural Change, and Democracy*, 2005, pp. 270-271. La idea es, pues, que aquellas sociedades en las que la supervivencia ya no es la aspiración primordial (pues ésta, gracias al desarrollo económico y social, se da por asegurada), se produce un cambio cultural que lleva a dar prioridad a valores individuales relativos a la expresión de la propia personalidad, lo cual a su vez conlleva un cambio “desde la disciplina colectiva a la libertad individual, de la conformidad con el grupo a la diversidad humana, de la autoridad estatal a la autonomía humana” (*op. cit.*, p. 2). Este cambio cultural es lo que lleva a una demanda de formas de gobierno que en mayor medida lo reflejen (esto es, reflejen la prioridad de valores individuales de expresión de la propia personalidad) y es por esta razón que este proceso de desarrollo humano, según estos autores, es conducente a la “democratización en sociedades autoritarias o a una democracia más directa, orientada a temas y más combativa con las élites, en sociedades ya democráticas” (*op. cit.*, p. 43) (no obstante, debe matizarse que esos autores se cuidan de afirmar que estamos aquí ante una relación “determinista”, hablando más bien de una relación “probabilística”: el cambio cultural propiciado por el desarrollo socioeconómico está estadísticamente relacionado en términos positivos con sociedades más democráticas).

³⁵ Igual que seguramente un médico nos dirá que su actividad es más difícil hoy en día pues su “autoridad” es constantemente puesta en entredicho (“quiero una segunda opinión”, “es que en Internet he visto que tengo síntomas de...”, “me he informado y prefiero terapias alternativas”), y nosotros (profesores universitarios de mediana edad) asistimos a la queja del veterano catedrático que se sorprende de que un alumno pueda “osar” revisar su calificación, lo cual es interpretado como un inaudito cuestionamiento de su autoridad.

³⁶ David GREEN, *When Children Kill Children. Penal Populism and Political Culture*, 2008, p. 242.

³⁷ En nuestra doctrina, muy claro también Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, 2ª ed., 2013, p. 189: “Tampoco conviene descuidar el incontrovertible hecho de que, sin perjuicio del modelo de sociedad hacia el que caminemos, la relevancia contemporánea que las cuestiones de seguridad ciudadana, y de delincuencia en general poseen, así como la tendencia a resolver un buen número de conflictos sociales mediante el derecho penal, imposibilitan en la práctica aislar a la opinión pública de la política criminal. Parece tácticamente preferible concentrarse en la mejora de los requisitos participativos y discursivos que debiera satisfacer todo debate público sobre estos temas, que en ignorar o desacreditar, ilusoriamente, a tal opinión pública”. No obstante, Díez RIPOLLÉS

Efectivamente, el reto no consiste en tratar de volver a épocas pasadas de aislamiento y desconsideración de la voz ciudadana, sino en mejorar nuestra comprensión de las demandas ciudadanas para evitar su frecuente manipulación política. Para ello es vital, según veremos, dejar claro de entrada que la voz ciudadana en absoluto puede limitarse a un mero agregado de opiniones individuales desinformadas (y por ello frecuentemente manipuladas), como suele sin embargo y por desgracia suceder. Es a esta (pobre) forma de entender la opinión pública o ciudadana, cristalizada en los famosos sondeos o encuestas de opinión, a la que se refiere BOURDIEU en su conocido escrito «La opinión pública no existe» (1973):

“Las problemáticas que proponen las encuestas de opinión están subordinadas a intereses políticos, y esto pesa enormemente tanto sobre la significación de las respuestas como sobre la significación que se le confiere a la publicación de los resultados. La encuesta de opinión es, en el estado actual, un instrumento de acción política; su función más importante consiste, quizá, en imponer la ilusión de que existe una opinión pública como sumatoria puramente aditiva de opiniones individuales; en imponer la idea de que existe algo que sería como la media de las opiniones o la opinión media. La ‘opinión pública’ que aparece en las primeras páginas de los periódicos en forma de porcentajes (el 60% de los franceses están a favor de...), esta opinión pública es un simple y puro artefacto cuya función es disimular que el estado de la opinión en un momento dado es un sistema de fuerzas, de tensiones, y que no hay nada más inadecuado para representar el estado de la opinión que un porcentaje.

(...) el hombre político es el que dice: ‘Dios está de nuestra parte’. El equivalente de ‘Dios está de nuestra parte’ es hoy en día ‘la opinión pública está de nuestra parte’. He aquí el efecto fundamental de la encuesta de opinión: constituir la idea de que existe una opinión pública unánime y, así, legitimar una política y reforzar las relaciones de fuerza que la sostienen o la hacen posible”³⁸.

La cuestión es que, según veremos, afortunadamente existen medios más sensatos de captar la voluntad ciudadana que recurriendo a simples encuestas de opinión.

2.2. Un Derecho penal eficiente necesitar estar atento a la voz ciudadana

Como hemos visto, diversos pensadores han señalado que la sociedad del siglo XXI es una sociedad que más difícilmente se va a conformar con sistemas basados en la delegación de las decisiones

parece conformarse con las encuestas de opinión como método para captar la opinión pública (*op. cit.*, p. 191), algo que según veremos nosotros rechazamos.

³⁸ Un reciente ejemplo de la utilización política de encuestas a ciudadanos no informados podemos apreciarlo en las discusiones parlamentarias que tuvieron lugar en marzo de 2015 en torno a la reforma del Código Penal. Dicha reforma venía ya tramitándose en ambas cámaras desde octubre de 2013, y los argumentos para apoyar la introducción de la pena de prisión permanente revisable habían sido de diverso tipo. Pero a raíz de una encuesta publicada sobre dicha pena en el diario *El País*, puede apreciarse cómo el partido político que defendía en solitario su introducción (PP) apeló de forma insistente a dicha encuesta. Así, vid. la discusión que tuvo lugar en el Senado el día 11 de marzo de 2015. Ese día se presentaba ante el Senado para su aprobación el texto final de reforma del Código penal (que días después, el 30 de marzo, se publicaría en el BOE como LO 1/2015), y la representante del PP en esta cámara (Sra. María Rosa Vindel), alegó como uno de los argumentos para la introducción de la pena de prisión permanente revisable que “[e]l mes pasado supimos, vía encuesta publicada en el diario *El País*, que la mayoría de los españoles avala la prisión permanente revisable (...)” (se refiere con ello a una encuesta telefónica realizada por *Metroscopia* y publicada el día 9 de febrero, vid. http://politica.elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189_291517.html). Vid. Diario de Sesiones del Senado, Pleno, 11 de marzo de 2015, p. 13963 (en el mismo sentido vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 26 de marzo 2015, pp. 50-51; y Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Justicia, 3 de marzo de 2015, pp. 24-25).

que afectan a la colectividad en manos de supuestos “expertos”. Este sería un proceso general que arrastraría consigo a la política criminal, pero en absoluto quedaría reservado a este aspecto de la política, como demostrarían, por ejemplo, los procesos modernos de participación ciudadana en otros ámbitos de la política, como la política municipal³⁹.

Pero al margen de ello, debe señalarse que la justicia penal es un ámbito especialmente sensible a la participación ciudadana. En primer lugar, porque de facto su buen funcionamiento depende en gran parte de la implicación ciudadana y así, en últimas, de su legitimidad a ojos de los ciudadanos. Ello porque la propia maquinaria de la justicia penal se activa en gran parte a iniciativa ciudadana, en forma de denuncia (de presuntos delitos). Por tanto, un Derecho penal alejado de los valores ciudadanos, que penalice, por ejemplo, comportamientos que estos no estiman en realidad merecedores de sanción, es un Derecho penal que difícilmente va a conseguir que los ciudadanos colaboren con el sistema denunciando delitos. Y no sólo denunciando, sino colaborando en forma de puesta a disposición del sistema como medio de prueba: esto es, ejerciendo de testigos en un juicio penal.

En suma, como subrayan por ejemplo HOUGH/ROBERTS⁴⁰, el Derecho penal ha de estar en cierta consonancia con el sentimiento de justicia y los valores de la ciudadanía si quiere asegurar un grado estable y razonable de eficacia, pues depende en gran parte de la colaboración ciudadana para activar el sistema (denuncia) y obtener medios probatorios de peso (testimonios)⁴¹.

Un autor que ha tratado de demostrar todo ello empíricamente es Paul ROBINSON. ROBINSON, a lo largo de diferentes trabajos con John DARLEY⁴², ha sostenido la denominada teoría sobre la “utilidad del merecimiento”. Según esta teoría, si el Derecho penal no respeta las intuiciones de justicia de la ciudadanía, está abocado de forma irremediable a la falta de colaboración y así a la ineficacia. Por ello, según este autor, se comparta o no la teoría retribucionista o del merecimiento, sería útil a efectos de prevención de delitos (de ahí el nombre de la teoría: la “utilidad del merecimiento”), que el Derecho penal se configure siguiendo la lógica del merecimiento, esto es, castigando en función de la gravedad del delito y la culpabilidad del autor, y no en atención a otras consideraciones como la peligrosidad del autor del delito o su pronóstico de rehabilitación, ya que ello es conforme con las intuiciones últimas de justicia de los ciudadanos⁴³.

³⁹ Vid. los procesos modernos de participación ciudadana en el ámbito municipal en Madrid y Barcelona (por ejemplo, sobre Barcelona vid. <https://www.decidim.barcelona/?locale=es>).

⁴⁰ «Public Opinion, Crime, and Criminal Justice», en *Oxford Handbook of Criminology*, 5ª ed., 2012, p. 279.

⁴¹ Son innumerables los ejemplos históricos de prohibiciones fallidas por falta de colaboración o incluso resistencia ciudadana.

⁴² Compilados algunos de ellos en su libro DARLEY, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, 2013. Un resumen de la teoría puede leerse en la contribución de ROBINSON, «The Proper Role of Community in Determining Criminal Liability and Punishment», en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, p. 54: “there is practical crime-control value in having the criminal law reflect community views. A criminal law that distributes criminal liability and punishment in ways that the community perceives as just gains moral credibility with the community, which translates into greater deference to, support for, and co-operation with the criminal justice system”. En castellano vid. *Principios distributivos del Derecho Penal* (2012) y un resumen en ROBINSON, «El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena», en MIR/CORCOY/HORTAL (eds.), *Constitución y sistema penal*, 2012, pp. 41-64.

⁴³ Cabe aclarar que (1) la teoría sobre la utilidad del merecimiento no tiene pretensión de aplicarse en todo el ámbito de delitos existentes en un país. Para sus defensores, las intuiciones compartidas sobre la justicia penal afectan a un

Se compartan o no los razonamientos de ROBINSON/DARLEY, lo cierto es que estos autores aportan un impresionante elenco de estudios empíricos que demuestran que, (primero) los ciudadanos de diferentes contextos culturales están de acuerdo con la culpabilidad (relativa) y el merecimiento de castigo respecto a un núcleo de conductas delictivas. Y (segundo), un Derecho penal que no respete esas intuiciones de justicia ciudadanas es un Derecho penal abocado al fracaso o a un descenso importante en términos de prevención de la delincuencia, “porque sólo si se gana credibilidad moral a ojos de la comunidad que regula, puede el Derecho Penal, entre otras cosas, fortalecer las poderosas fuerzas relativas a la influencia social y la internalización de las normas”⁴⁴.

Adicionalmente, las ideas de estos autores están cercanas a uno de los desarrollos más potentes en la actualidad en el ámbito de la criminología: los estudios sobre la obediencia al Derecho y sobre legitimidad del sistema de justicia penal. Desde el pionero estudio de Tom TYLER, *Why People obey the Law*, 1990 y 2006, son innumerables los trabajos dedicados a la obediencia del Derecho y consistentes los hallazgos de los mismos relativos a la importancia clave de la idea de legitimidad del sistema. En pocas palabras y resumiendo a riesgo de imprecisión, los ciudadanos no obedecen las leyes (y entre ellas las penales) por temor (intimidación), sino mayormente si (y porque) las consideran legítimas, ya sea en términos procedimentales (leyes generadas de forma legítima) y/o sustantivos (porque están de acuerdo con los valores sustentados y plasmados en esas leyes):

“si las personas se sienten identificadas con los valores morales de la policía (...), tienden a aceptar su autoridad y la de los tribunales, a cooperar con la policía y a cumplir la ley (...). El acuerdo moral [*Moral alignment*] puede considerarse como un elemento constitutivo de la legitimidad, porque incorpora un sentimiento de justificación normativa del poder y la autoridad a ojos de los ciudadanos (...). Existe, no obstante, una dificultad cuando uno considera el acuerdo moral (valores morales compartidos) como un elemento de la legitimidad en sociedades multiculturales. Si las personas que forman una comunidad política no comparten un conjunto de valores morales, entonces será más difícil para las autoridades, como la policía o los tribunales, representar los valores compartidos, y más difícil también para ellos invocar dichos valores como fuente de autoridad. Será igualmente difícil para las autoridades legales hacer cumplir las leyes que no reflejan valores morales, compartidos o no. Cuando la policía intenta hacer cumplir leyes

“núcleo delictivo (consistente en daños físicos contra terceros, apropiaciones sin consentimiento y fraudes en acciones de intercambio)”. Para ello, véase ROBINSON, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, 2013, pp. 69, 75. Para el resto de delitos (por ejemplo, sobre consumo y tráfico de drogas, prostitución, etc.) no existiría un acuerdo general sobre su gravedad relativa y ni siquiera sobre su castigo. (2) La teoría sobre la utilidad del merecimiento se aplica estrictamente a los juicios sobre proporcionalidad relativa (ordinal) del núcleo delictivo señalado, sin señalar un castigo concreto (proporcionalidad cardinal). Sobre este punto (la proporcionalidad cardinal, esto es, el catálogo concreto de castigos –los castigos máximos y mínimos aceptables–), ROBINSON es claro a la hora de afirmar que aquí no existe un acuerdo compartido y por tanto ello no forma parte de las intuiciones de justicia universales. Sobre este último punto, vid. la interesante investigación de KUGLER *et al.*, «Differences in punitiveness across three cultures: a test of American exceptionalism in justice attitudes», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, (103–4), 2013, pp. 1071 ss., que planteó a ciudadanos de tres países (Canadá, USA y Alemania) toda una serie de casos escenarios para elegir el castigo concreto. Los resultados mostraron que “[e]n relación con los delitos más y menos graves, los estadounidenses y los canadienses son más punitivos que los alemanes, a pesar de existir un acuerdo sobre el grado de inmoralidad de cada acto”.

⁴⁴ ROBINSON, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, 2013, p. 141. Sobre los argumentos concretos y los estudios empíricos para validarlos vid. capítulos 8 y 9 del libro de ROBINSON, *Institutions of Justice and the Utility of Desert*, 2013. En la misma línea, sobre la importancia de que el Derecho penal refleje los valores morales compartidos por los ciudadanos para asegurar su cooperación vid. Tom TYLER/Jonathan JACKSON, «Future challenges in the study of legitimacy and criminal justice», en TANKEBE/LIEBLING (eds.), *Legitimacy and Criminal Justice*, 2013, pp. 96 ss.

contra el uso de drogas o la descarga ilegal de música y películas, les será difícil apelar a una estructura valorativa compartida porque muchas personas no contemplan tales comportamientos como inmorales”⁴⁵.

“los modelos normativos de control del delito parten de la premisa de que la mejor manera a través de la cual el sistema de justicia penal puede promover el cumplimiento normativo es comunicando con su actuación justicia procedimental y una autoridad legítima (...). Nuestros resultados muestran la centralidad de los valores normativos a la hora de describir el comportamiento ciudadano en relación con la policía. Entre tales factores se incluye no sólo el sentimiento de obligación de obedecer a la policía y la ley, sino también la valoración relativa a que la policía actúa de manera consistente con la visión ciudadana sobre lo que está mal y está bien”⁴⁶.

A nuestros efectos, lo que nos interesa subrayar es que toda esta línea de pensamiento es consistente con la idea de que la legitimidad del sistema es clave para el cumplimiento de las leyes. Y en el ámbito de la justicia penal esa legitimidad depende en buena parte de que la ley penal refleje los valores morales compartidos por la ciudadanía⁴⁷. Y es que ¿cómo convencer a los ciudadanos de que la ley penal es un reflejo de sus valores compartidos si se crea y aplica de espaldas a ellos?

En resumen: la ciudadanía del siglo XXI es más reticente a aceptar la transferencia de poder a élites de expertos. Pero, además, en el ámbito del Derecho penal, esa transferencia es arriesgada porque amenaza con socavar la propia legitimidad del sistema y en últimas la propia eficacia del Derecho penal ya sea como medio de prevención de delitos o como representación del catálogo de acciones inmorales en una sociedad.

2.3. La política criminal como “política”: sobre el sentido de la apelación a un Derecho penal “democrático” en el marco de una democracia deliberativa

Al margen de los argumentos pragmáticos esbozados, hay cuestiones normativas que también merecen una reflexión. La primera de ellas tiene que ver con una idea simple pero sorprendentemente olvidada: hablamos de “política criminal”⁴⁸. Es decir, es indiscutible que el Derecho penal forma parte del ámbito de la política, esto es, de las decisiones que el poder político debe tomar sobre cómo gobernar un determinado ámbito. Situados, por tanto, en el terreno político, esto es, en el ámbito del ejercicio de poder, éste debe vincularse necesariamente con el tipo de estructura política en el que se inserta. Por tanto, si hablamos de la política criminal en el contexto de un régimen democrático, la cuestión que entonces emerge es la siguiente: ¿no es consustancial a un régimen democrático el tener en cuenta (es más, el basarse en) la voz de la ciudadanía?; ¿cómo decir que se gobierna por y para el pueblo si directamente se ignora su opinión? Un sistema penal democrático requiere indefectiblemente contar con la participación

⁴⁵ Tom TYLER/Jonathan JACKSON, en TANKEBE/LIEBLING (eds.), *Legitimacy and Criminal Justice*, 2013, pp. 92-93.

⁴⁶ Jonathan JACKSON *et al.*, «Why do People comply with the Law?. Legitimacy and the Influence of Legal Institutions», *British Journal of Criminology*, (52), p. 1063.

⁴⁷ HOUGH/ROBERTS, en *Oxford Handbook of Criminology*, 5ª ed., 2012, p. 279.

⁴⁸ Decimos “sorprendentemente olvidada” porque, como destaca DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, pp. 71 ss., 101 ss., por diversas causas (en particular, la primacía entre los penalistas de una comprensión meramente interpretativa – dogmática – de su labor, fruto del triunfo del positivismo jurídico), en nuestro Derecho penal no es usual la reflexión sobre la legitimidad de las normas penales más allá de la discusión de filosofía moral sobre los fines de la pena o los principios limitadores del *ius puniendi*.

ciudadana a la hora de edificar y hacer funcionar sus instituciones básicas, y entre ellas, una tan relevante (si no la más relevante en términos de afección a los ciudadanos) como la justicia penal.

En otras palabras, si estamos de acuerdo en que el Derecho penal de un Estado democrático debe tener alguna relación con el propio régimen político (democracia) en que se inserta, entonces la carga de la prueba en realidad no la tenemos los que defendemos el papel ciudadano en la génesis y la práctica del Derecho penal. La carga de la prueba la tienen los que creen que esto no es relevante y defienden así que igual que en otro régimen político, debería ser un cuerpo de expertos el que decida sobre el contenido y la praxis del Derecho penal. Hay algo en mi opinión consustancialmente sospechoso en una propuesta que parecería entonces defender que la participación ciudadana en el Derecho penal debe ser la misma en una dictadura que en una democracia: nula, ya que en todo sistema político el Derecho penal sería un sector del poder estatal reservado para un cuerpo técnico de expertos. Ello implica una concepción a-histórica y a-política del Derecho penal, que se construiría así desde la “pura razón” (si es que eso existe), y que de hecho desconoce su propio desarrollo histórico, pues aunque está todavía por llegar el día en que el Derecho penal sea realmente receptivo a la participación ciudadana, por suerte es indiscutible que nuestro Derecho penal actual es diferente que el Derecho penal de la dictadura franquista.

En definitiva, el Derecho penal se inserta en un determinado contexto histórico-político que hoy en día, en nuestro país, por lo menos a nivel normativo, debe ser el propio de un régimen democrático y ello debe tener una clara repercusión en su propia configuración. El argumento político, en últimas, nos recuerda el vínculo entre Derecho penal y sistema político y también cómo en una democracia el elemento constitutivo es la participación ciudadana.

Sin embargo, aun reconociendo el necesario carácter democrático del Derecho penal, es común recelar de la participación ciudadana en el Derecho penal con dos argumentos diferenciados, que a su vez transfieren el poder de decidir a instancias diversas.

El primer argumento para aislar la política criminal de la voz ciudadana sería el siguiente: se puede defender que el sistema de la delegación en comisiones de expertos no es contrario a un régimen democrático, pues los ciudadanos podrían decidir que ciertos asuntos, debidos a su complejidad técnica, es mejor que sean gestionados por aquellos que tienen los conocimientos técnicos requeridos. Este argumento sobre la “sabiduría” (*expertise*), propio de regímenes tecnocráticos, lo analizaré más adelante (para criticarlo), pero vale la pena avanzar que me resulta aún más sospechoso en un ámbito tan sensible como el Derecho penal, que no olvidemos, se justifica para proteger a los ciudadanos y funciona castigando a conciudadanos. Esta implicación primaria de los ciudadanos milita ya en contra de un sistema tecnocrático de delegación, pues como bien subraya DZUR, uno de los autores que modernamente más se ha destacado por defender una re-conceptualización del Derecho penal en términos democráticos:

“democracia significa prestar atención (...). Una manera de definir la democracia sería considerarla como un sistema político en el que los ciudadanos de forma activa prestan atención a lo que es importante [y] [d]ebido a que, como hemos visto, las instituciones que forman parte de la justicia penal pueden implicar

un impacto tan relevante en las vidas humanas, prestar atención a lo que ocurre en ellas y por medio de ellas es una exigencia moral de ciudadanía pública”⁴⁹.

En nuestra doctrina penal ha expresado claramente esta misma idea uno de los (pocos, según alcanzo) autores que firmemente ha rechazado el argumento experto:

“nuestra sociedad estaría demostrando una preocupante debilidad democrática si aceptara que temas tan relevantes como el incremento de la criminalidad y el miedo al delito se dejaran exclusivamente en manos de expertos”⁵⁰.

En otras palabras, aun dando por bueno (que es mucho conceder, según veremos) que exista un saber técnico análogo, no es lo mismo delegar la construcción de un puente a un cuerpo de ingenieros, que el poder de decidir qué y cómo castigar, pues el Derecho penal afecta al núcleo básico de la convivencia al establecer los límites de la libertad de los ciudadanos y suponer el poder más brutal del propio Estado para afectar sus vidas. Es la propia trascendencia del Derecho penal lo que aboga, pues, por la necesaria participación ciudadana en su génesis y aplicación, pues qué se castiga y cómo se castiga forma parte del núcleo de un Estado (es un rasgo distintivo); cómo se construyen los puentes, no⁵¹.

El segundo argumento para aislar la política criminal de la voz ciudadana es más sutil, pues no niega su importancia. La estrategia es diferente: se trata de presentarse como la encarnación de la voz ciudadana. El argumento sería el siguiente: nuestras leyes (y entre ellas las penales) ya son democráticas en el sentido que son aprobadas por los órganos que representan la soberanía popular (los Parlamentos), y por lo tanto, en este sentido, son leyes que ya respetan la voluntad popular⁵². Es decir, los Parlamentos ya aseguran el pedigrí democrático de las leyes penales y así más allá de ellos no hace falta ir a buscar una presumible “voluntad ciudadana”: ellos son los representantes de dicha voluntad. Este argumento, por tanto, sitúa el poder penal fundamentalmente en manos de los políticos que, a su vez, pueden ser más o menos sensibles a influencias externas, como pudiera ser la participación de expertos en la materia.

Ciertamente, esta interpretación del papel de los Parlamentos es común, pero en mi opinión con ello no estamos en realidad democratizando el Derecho penal, meramente lo estamos “politizando”. Democratizar el poder implica algo más profundo, por lo menos para todos los que creemos que es necesario superar el marco de una *democracia representativa* (“centrada en los votos”) y avanzar hacia una *democracia deliberativa*, que trata de empoderar a los ciudadanos más allá de la

⁴⁹ DZUR, «Repellent Institutions and the Absentee Public: Grounding Opinion in Responsibility for Punishment», en RYBERT/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment. On the Normative Significance of Public Opinion*, 2014, p. 216.

⁵⁰ Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, p. 187.

⁵¹ Al margen de que también hay un elemento adicional epistémico: en ingeniería de la construcción existen reglas de corrección/incorrección (vinculadas con leyes físicas), en el Derecho penal por desgracia no (qué castigar y cómo castigar no está predeterminado por leyes físicas que permitan un juicio sobre lo correcto/incorrecto de la decisión que se tome).

⁵² En este sentido, DE KEIJSER, «Penal Theory and Popular Opinion: The Deficiencies of Direct Engagement», en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, p. 116. Este mismo autor (*loc. cit.*) añade que en una democracia occidental debe asumirse que los propios jueces penales ya desempeñan su papel teniendo en cuenta indirectamente la opinión ciudadana. No obstante, a mi parecer esto es mucho asumir, ni que sea por el simple hecho de que ya demográficamente los jueces no son un grupo representativo de la población española.

emisión de un voto cada cierto tiempo, que además está normalmente basado en preferencias no informadas y frecuentemente manipuladas.

No es éste el lugar adecuado para profundizar sobre el sentido y contenido de la democracia deliberativa⁵³, pero sí deben resaltarse sus principios básicos con el fin de que pueda apreciarse el potencial que implica para la construcción democrática del Derecho penal. En palabras de uno de los defensores de este modelo de democracia que se ha preocupado de su vinculación con el Derecho penal, Roberto GARGARELLA:⁵⁴

“Dicha visión de la democracia propone, esencialmente – y de acuerdo con la propuesta habermasiana más difundida – que los asuntos públicos sean resueltos conforme a una *discusión que involucre a todos los potencialmente afectados* por la decisión que va a tomarse (...)”.

“dos son los elementos que resaltan. Por un lado, la idea de *discusión pública* (...) [que] representa así el medio más apropiado del autogobierno colectivo que, desde luego, debe pasar en algún momento por un proceso de agregación de preferencias, como el sufragio. Pero dicha votación debería estar precedida de la discusión, que resulta imprescindible para que – en el marco de una comunidad de personas con racionalidad limitada y conocimientos imperfectos – cada uno clarifique sus propias ideas, las contraste con los demás, aprenda de los otros, a la vez que les haga conocer a ellos las razones de sus puntos de vista (...). El otro elemento central de esta visión de la democracia es la *inclusión* de todos los afectados (...). Una vez tomamos en cuenta el valor que tiene la discusión colectiva entre todos los afectados, a la hora de pensar la presunción de validez del derecho, no podemos dejar de preocuparnos por el estado de nuestras normas penales que, tal como lo ratifican todos los estudios empíricos con los que contamos, aparecen como severamente defectuosas tanto en relación con la discusión pública que las rodea como en cuanto a los niveles de inclusión social que implican. En efecto, en nuestro país, como en otros de Occidente, el derecho penal es el producto de élites jurídicas particulares que, en ocasiones, tienden a producir resultados jurídicos diferentes en nombre de los *intereses* del pueblo, y en otras, en nombre de la *voluntad* del pueblo, pero con el pueblo siempre ausente de tales debates y decisiones”⁵⁵.

Como puede observarse, pues, uno de los elementos clave en este modelo de democracia (de ahí su nombre) es la idea de deliberación pública, pues “[e]s la forma de que la política democrática

⁵³ Según HELD, *Modelos de Democracia*, 3ª ed., 2007, pp. 331 ss., la “democracia deliberativa” (término usado por primera vez por BESSET en 1980) ha alcanzado el estatus de un nuevo modelo o paradigma de democracia, y su origen se explica por una preocupación relativa a la “mejora de la calidad de la democracia” ante los problemas a los que ha conducido la democracia representativa basada en los partidos políticos y las elecciones periódicas (*op. cit.*, p. 332). En nuestra literatura reciente puede consultarse una detallada exposición de las claves de este modelo y de su puesta en práctica a través de un método concreto (la “encuesta deliberativa”) en los libros de José Luis MARTÍ, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, 2006; y Laia JORBA, *Deliberación y preferencias ciudadanas: un enfoque empírico. La experiencia de Córdoba*, 2009. Un resumen puede encontrarse en AGULLÓ, «La democracia republicana: problemas y límites de un modelo alternativo a la democracia liberal», *REIS*, (146), 2014, pp. 217 ss. Por otra parte, en términos de filosofía política, la democracia deliberativa suele vincularse con un modelo “republicano” (en contraposición con un modelo liberal) del Estado; vid. en MARTÍ, «The Republican Democratization of Criminal Law and Justice», en BESSON/MARTÍ (eds.), *Legal Republicanism, National and International Perspectives*, 2009, pp. 123-146.

⁵⁴ *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del Derecho penal*, 2006. Como el propio GARGARELLA subraya, en realidad han sido pocos los pensadores que se han ocupado expresamente de la conexión entre democracia deliberativa y derecho penal. En su caso puede observarse tal vínculo en su reciente libro *Castigar al prójimo*, 2016, de donde extraemos las citas del presente trabajo. Vid. también de forma pionera DE GREIFF, «Deliberative Democracy and Punishment», *Buffalo Criminal Law Review*, (5), 2002, pp. 373 ss.

⁵⁵ GARGARELLA, *Castigar al prójimo*, 2016, pp. 129-130.

pase de un registro pasivo de intereses, de la certidumbre de los críticos de sillón y la tendencia del momento, a un proceso más matizado y meditado”⁵⁶.

En palabras de uno de los más influyentes defensores de la democracia deliberativa:

“¿Qué aporta la ‘democracia deliberativa’ en la evaluación y posible reforma de las prácticas democráticas? Supone poner en primer plano cuestiones que siempre fueron un elemento de la teoría democrática, pero que enfatizan el problema de la formación de la voluntad pública. Las democracias deben tomar decisiones que tengan alguna relación con ‘la voluntad del pueblo’. Pero ¿cuál es el estado de nuestra voluntad pública cuando los ciudadanos a menudo tienen bajos niveles de información, capacidad de atención limitada y son el objetivo de tantos millones gastados por la industria de la persuasión –en campañas, elecciones, y asuntos concretos? ¿Cuán diferente sería la opinión pública –y las elecciones– si la gente sopesara los argumentos en juego sobre la base de una buena información? (...) La raíz de la deliberación está en la idea de *sopesar* los argumentos. Y la idea nuclear de la democracia deliberativa es que las personas deben sopesar los argumentos, los razonamientos puestos sobre la mesa por sus conciudadanos, y hacerlo en buenas condiciones para expresarlos, escucharlos y considerarlos en sus propios méritos. Una democracia diseñada sin la debida atención a este tipo de formación de la voluntad pública puede ser fácilmente reducida a una democracia de frases pegadizas manipuladas y opiniones erróneas”.⁵⁷

Por ello, son los defensores del *statu quo* (democracia representativa), los que se ven atrapados en un callejón sin salida: o bien damos entrada sin límite alguno a la opinión ciudadana desinformada mediante procesos de democracia directa plebiscitaria⁵⁸, o bien, precisamente por hallarnos ante una opinión pública desinformada, se mantienen ciertas decisiones alejadas de los ciudadanos mediante el recurso a comisiones de expertos. En mi opinión, ambas alternativas son insatisfactorias, pero superar la paradoja exige abandonar el marco de una democracia representativa y situar la discusión en el contexto de una democracia deliberativa, que ciertamente ha de contar con la opinión ciudadana. Pero una opinión ciudadana que, primero, no se limita a aquella “representada” en los Parlamentos⁵⁹; y, segundo, no se alcanza con un simple agregado de opiniones individuales desinformadas (encuestas de opinión), sino que presupone determinadas

⁵⁶ HELD, *Modelos de Democracia*, 3ª ed., 2007, p. 351.

⁵⁷ FISHKIN, «Deliberation by the People Themselves: Entry Points for the Public Voice», *Election Law Journal*, (12-4), 2013, p. 491; vid. también EL MISMO, *When people speak. Deliberative democracy and public consultation*, 2009, p. 14: “La opinión pública deliberativa o ‘refinada’ (...) puede considerarse como una opinión, a la que se llega después de que ha sido puesta a prueba tras la consideración de argumentos contrarios e información conscientemente ofrecida por otros que mantienen puntos de vista opuestos”.

⁵⁸ En el mejor de los casos. Normalmente ni eso: se conforman con meros sondeos o encuestas de opinión, aún más fácilmente manipulables que los procesos refrendarios.

⁵⁹ Como destaca ROBERTS, «Clarifying the Significance of Public Opinion for Sentencing Policy and Practice», en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, pp. 245-246, la asunción de que las leyes aprobadas por un Parlamento democrático cuentan por ello ya con el apoyo de la comunidad es equivocada, pues lo que normalmente sucede es que el legislador utiliza la opinión pública en favor de las leyes que considera prioritarias y además suele malinterpretar la opinión pública al considerar que ésta deriva de los sondeos de opinión. En nuestra doctrina, ha expresado claramente este punto Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, p. 188, quien parte de que “podemos contar en un grado aceptable con ciudadanos con capacidad de análisis crítico y responsables, los cuales poseen, por tanto, competencia para debatir y adoptar decisiones sobre asuntos esenciales de la convivencia social. El cuestionamiento de tal capacidad en general, y su sustitución por otros mecanismos de toma de decisiones colectivas fundamentales, supone el derrumbe de nuestros sistemas democráticos. Y un cuestionamiento más o menos sutil de esas cualidades ciudadanas, elemento nuclear de toda sociedad democrática, contienen tanto las posturas constitucionalistas como aquellas que oponen la democracia representativa a la democracia deliberativa” (énfasis añadido).

condiciones procedimentales, que permitan hablar realmente de una “opinión pública”, por surgir de un proceso público de mutuo diálogo, información y deliberación⁶⁰.

Como puede apreciarse, pues, y éste es un punto clave, *existe una relación de dependencia entre nuestra concepción de la democracia y la manera de comprender (e intentar captar) la “opinión pública”* (vid. *infra* 3 b))⁶¹. Una democracia representativa, centrada en los votos (“*voting centric*”), es comprensible que se contente con la opinión desinformada de los ciudadanos que surge de la mera agregación de sus actitudes individuales aisladas (sondeos de opinión). Una democracia deliberativa se compromete con otra manera de comprender la opinión ciudadana, en la que son claves las ideas de información, el debate y reflexión conjunta (en este sentido es opinión “pública”), pues la participación ciudadana en el gobierno no se limita a la mera emisión de un voto cada cierto tiempo⁶².

A ello debería añadirse, tal y como destacaba GARGARELLA⁶³, que en una democracia deliberativa es clave también el elemento de la *inclusión* de todos los afectados (no sólo la deliberación). Esto es, asegurando una presencia más activa de todos los ciudadanos en las decisiones sobre el Derecho penal ayudaríamos a “eliminar o minimizar los sesgos que tan perversamente afectan al Derecho actual” y que tienen que ver la desconsideración de las voces de los sectores más débiles (económicamente) de la sociedad; capas marginadas que luego nutren en gran parte las prisiones⁶⁴.

Más adelante volveremos sobre este punto (la necesaria vinculación entre nuestra concepción de la democracia y la comprensión de la opinión pública), pero por ahora nos interesa subrayar que el argumento democrático lo que plantea es que nos hemos de tomar en serio la contingencia histórica y política del Derecho penal. Quizás exista una justificación metafísica o abstracta del Derecho penal, pero me temo que por ello sólo sea relevante en el mundo de las ideas. En nuestro

⁶⁰ Es obligatoria aquí la referencia al pensamiento de HABERMAS: “Una opinión pública no es, digamos, representativa, en el sentido estadístico del término. No es un agregado de opiniones individuales que se hayan manifestado privadamente o sobre las que se haya encuestado privadamente a los individuos; en este aspecto no debe confundirse con los resultados de los sondeos de opinión. (...) El asentimiento a temas y contribuciones sólo se forma como resultado de una controversia más o menos exhaustiva en la que las propuestas, las informaciones y las razones puedan elaborarse de forma más o menos racional” (*Historia y crítica de la opinión pública*, 1981, p. 442). En la misma línea vid. también YANKOLOVICH, que diferencia entre una opinión pública superficial y un “juicio público” informado y reflexivo (“*informed public judgement: the state of highly developed public opinion that exists once people have engaged an issue, considered it from all sides, understood the choices it leads to, and accepted the full consequences of the choices they make*”, cit. en David GREEN, *When Children Kill Children*, 2008, p. 242).

⁶¹ Vid. las atinadas reflexiones de BENNET, «Public Opinion and Democratic Control of Sentencing Policy», en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, pp. 154 ss., sobre opinión pública y democracia. Vid. también LIPPKE, «Criminal Prosecutors: Experts or Elected Officials?», en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, pp. 175-176.

⁶² “Reivindicar la democracia deliberativa implica reclamar para el ciudadano la posibilidad (nunca imperativa) de ir más allá del rol de votante, espectador y encuestado”, en SAMPEDRO, *Medios y elecciones 2004. La campaña electoral y “las otras campañas”*, 2008, p. 28.

⁶³ *Castigar al prójimo*, 2016, pp. 166 ss.

⁶⁴ En el mismo sentido vid. Ian LOADER/Richard SPARKS, «Beyond Lamentation: Towards a Democratic Egalitarian Politics of Crime and Justice», en NEWBURN/PEAY (eds.), *Policing: Politics, Culture and Control, essays in honour of Robert Reiner*, 2012, pp. 29 ss., destacando como una mayor implicación ciudadana en la política criminal, a la par que dotar a ésta de mayor legitimidad y servir como mecanismo para vigilar el ejercicio del poder, posibilita una política más inclusiva en la que todos los sectores de la sociedad pueden contribuir a definir los objetivos de dicha política.

mundo real, el Derecho penal implica toda una serie de acciones llevadas a cabo por ciertos agentes en el nombre del Estado que, bajo la justificación genérica de la protección de la sociedad, hacen daño a conciudadanos. Y como en nuestro mundo real, actual, no se olvide, estamos en un Estado *democrático*, debe justificarse cómo la génesis y la práctica del Derecho Penal se adecúa a ese ideal democrático. No lo hace, en mi opinión, cuando se utilizan argumentos tecnocráticos para desconsiderar la voz ciudadana, o cuando sólo se la tiene en cuenta en el pobre marco de una democracia representativa. Democracia implica algo más.

2.4. Justificación del castigo y consenso ciudadano en una sociedad democrática

Al margen de la referencia al carácter eminentemente político del Derecho penal, una cuestión que amerita mayor reflexión que la dedicada hasta hora por la doctrina penal es la relativa al papel de la voz ciudadana en la propia justificación del castigo⁶⁵.

Como es sobradamente conocido existen diversas doctrinas sobre la justificación del castigo, pero en mi opinión, sea cual sea la que consideremos preferible no es posible darle un contenido adecuado sin tener en cuenta la voz ciudadana.

Así, desde un punto de vista utilitarista, diversos autores han ya destacado que consideraciones instrumentales relativas a la propia eficacia del Derecho penal como mecanismo de regulación de conductas exigen la incorporación de la opinión pública en la determinación de las conductas punibles y las penas asociadas a ellas. Y es que, si el Derecho penal no quiere limitarse a ser un mecanismo de regulación social basado en la pura coerción (prevención general negativa), debe sustentarse, tal y como subrayan los autores modernos que defienden concepciones centradas en la prevención general positiva, en el consenso ciudadano. Y este consenso se obtiene, en primer lugar, dando voz y voto a los ciudadanos en la propia conformación del Derecho penal. Es decir, sobre la base de las propias premisas de la prevención general positiva: ¿cómo puede esperarse

⁶⁵ En la doctrina penal no es usual vincular la función de la pena con la estructura política concreta del Estado en el que el Derecho penal se inserta. Incluso en el caso de los pocos autores que son conscientes de esta cuestión (vid. por ejemplo MIR PUIG, quien en su influyente manual de Parte General (*PG*, 10ª ed., 2015, 3/38), declara claramente que “[s]i, como es frecuente se estudia el tema sin situarlo en el contexto del Derecho propio de un determinado momento histórico-cultural, cualquiera de las soluciones propuestas en la doctrina podría ser defendida. No me parece éste el camino correcto. La retribución, la prevención general y la prevención especial no constituyen opciones ahistóricas, sino diversos cometidos que distintas concepciones del Estado han asignado en diferentes momentos al Derecho penal. No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de «la pena», en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena *en* el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado”) se echa de menos una profundización en las exigencias concretas que plantea la alusión a un Derecho Penal “democrático” en la creación y aplicación del Derecho penal. Debe admitirse que MIR PUIG sí deriva límites concretos al Derecho Penal a partir de su vinculación con un Estado democrático, y llega incluso a afirmar (*op. cit.*, 4/57) que “la exigencia de que sean los propios ciudadanos quienes decidan qué objetos reúnen las condiciones requeridas para constituir bienes jurídico-penales” se deriva de dicha vinculación; pero coincidimos con LARRAURI PIJOAN, *RECPC*, (11-6), 2009, p. 16, sobre que es necesario “discutir qué modelo y características debe cumplir un derecho penal democrático, discusión que en general está menos avanzada que los elementos de un sistema penal liberal”. Un ámbito donde parece estar avanzando esta discusión es en la reinterpretación del concepto dogmático de la culpabilidad, que como bien señala CIGÜELA, «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret*, (2), 2017, p. 9, modernamente “se ha enriquecido considerablemente, y que en algún sentido se ha *polítizado*” (vid. de hecho la sugerente interpretación de la culpabilidad en esta línea del propio CIGÜELA, *InDret*, [2], 2017).

que el Derecho penal sea un mecanismo de reafirmación de las normas si éstas no se han elaborado (ni reflejan) teniendo en cuenta la opinión ciudadana?

De hecho, modernamente, como ya hemos mencionado, desde diferentes perspectivas se ha constatado empíricamente el vínculo entre obediencia a las normas y consenso ciudadano sobre la legitimidad de dichas normas. Así, tanto las teorías sobre la justicia procedimental (TYLER), como sobre la “utilidad del merecimiento” (ROBINSON), han demostrado empíricamente los efectos que, en términos de legitimidad del sistema y obediencia a las normas penales, se derivan de la conexión entre ciudadanía y leyes penales, en el sentido de que si los ciudadanos consideran legítimo el sistema penal al que se hayan sometidos ello redundará en una mayor obediencia y colaboración con dicho sistema. Y es ilusorio pensar que los ciudadanos evaluarán como legítimo un sistema que no tiene en cuenta su opinión.

En nuestro país, recientemente FEIJOO ha expresado claramente esta cuestión. Así, a propósito de la conocida crítica a las posiciones preventivo-generales positivas, que subraya que sería ilegítimo usar el Derecho penal para “adoctrinar” al ciudadano en el ejercicio de una especie de fidelidad u obediencia “ciega” al sistema jurídico, aclara que:

“para no incurrir en objeciones simplistas, debe quedar claro que en la actualidad la prevención general positiva, entendida como prevención integradora, se refiere a procesos de integración democráticos relativos a instituciones y normas comunes aprobadas en un proceso democrático vinculados a las características del orden vigente como un sistema pluralista, altamente diferenciado y caracterizado por la libertad ideológica en el que se respeta a las minorías, la diversidad cultural y moral (vivimos en sociedades multiculturales) y en el que se entiende que los ciudadanos ya no comparten una misma visión cosmológica o trascendente o en la que no existe un orden ético compartido por todos o una ética social vinculante para todo el mundo”⁶⁶.

Correctamente, a mi entender, se sitúa la discusión en el terreno democrático: el Derecho penal de un sistema democrático, si uno es partidario de una concepción preventivo-general positiva, sólo puede pretender estabilizar un sistema que se haya construido democráticamente, lo cual forzosamente pasa entonces por reconocer el papel clave de la ciudadanía es este proceso. El propio FEIJOO, aunque no trata específicamente la cuestión de la opinión ciudadana, parece presuponerlo cuando más adelante aclara que “es legítimo reclamar respeto por las normas que derivan de dichos procesos democráticos aunque no se comparta su contenido. Ello nos lleva a una legitimidad procedimental de las democracias deliberativas modernas con independencia de la legitimación de normas concretas (Habermas)”⁶⁷.

⁶⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, 2014, pp. 88-89.

⁶⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *La legitimidad de la pena estatal*, 2014, p. 91. Digo que FEIJOO (*op. cit.*, pp. 93-94) “parece presuponer” el papel clave de la opinión pública porque sorprende que finalmente critique la teoría de la prevención-general positiva apelando a que esta teoría haría dependiente al Derecho penal de la opinión voluble, manipulable y emotiva de los ciudadanos. Ello también se aprecia en *op. cit.*, pp. 141 ss., donde este autor considera que la Teoría de la Pena (en mayúsculas, esto es, cualquier teoría de la pena) no puede evitar el uso electoral “malicioso” del Derecho penal. Una democracia deliberativa, sin embargo, como hemos visto, está lejos del temor de FEIJOO. Y, por otra parte, en mi opinión, el uso electoral malicioso del Derecho penal (malicioso en el sentido de basarse en la opinión manipulada de los ciudadanos), se debe evitar integrando en la propia teoría de la pena una concepción deliberativa de la democracia y así de la opinión pública.

También desde posiciones retribucionistas modernas diversos autores han aludido a la importancia de la opinión y participación ciudadana en la construcción del Derecho penal. Así, las teorías comunicativas sobre el papel del Derecho penal como mecanismo de expresión y comunicación de la censura que merece, en una determinada sociedad, un comportamiento dañoso⁶⁸, reconocen que es una condición consustancial a la expresión de tal censura que el comportamiento, *a tenor de la valoración de la propia comunidad*, merezca una reacción de reprobación social⁶⁹. Así, por ejemplo, v. HIRSCH/ASHWORTH⁷⁰ justifican el papel del Derecho penal como una “valoración pública” de la conducta y la correlativa necesidad de la intervención del Estado, apelando a que

“el juicio sobre la ilegalidad debe realizarse en nombre de la más amplia comunidad — porque se relaciona con las normas básicas sobre la interacción decente entre los ciudadanos. La intervención del Estado en la censura penal es así capaz de proveer una *valoración pública* de la conducta. La valoración estatal sobre la censura penal pretende hablar no sólo en nombre de la víctima o los que simpatizan con ella, sino en nombre de la más amplia comunidad de ciudadanos” (énfasis en el original).

Ciertamente, estos mismos autores, más allá de vincular la capacidad del Estado para hacer dicha evaluación con la propia concepción sobre legitimidad del Estado⁷¹, no aclaran exactamente qué implica una “valoración pública” de la conducta, pero en mi opinión parece obvio que difícilmente podrá tildarse de “pública” a algo que se haga sin tener en cuenta, de una u otra manera, la voz ciudadana:

“El argumento general sería que los valores culturales constituyen una influencia legítima por lo que se refiere a la definición de un delito y el castigo apropiado para el mismo. La proporcionalidad no es un concepto invariable en términos culturales sino más bien uno que lleva en su seno un elemento social. La perspectiva de la comunidad influye en la gravedad que se asigna a un delito y en su culpabilidad; dichos conceptos no existen en el vacío sin referencia alguna a la comunidad en la que tales juicios tienen lugar. Si éste es el caso, entonces algún mecanismo para incorporar la perspectiva de la comunidad es necesario (...) [pues] sin una concordancia entre el contexto social y la condena penal, el sistema perdería su poder para censurar (...)”⁷².

⁶⁸ DUFF, *Punishment and Communication and Community*, 2001; VON HIRSCH/ASHWORTH, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, 2005.

⁶⁹ Sobre las modernas teorías “expresivas” del castigo y la discusión sobre su estatus retribucionista o consecuencialista me remito aquí al excelente resumen de RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: dissuasion, cooperación y equidad*, 2016, pp. 29 ss. En todo caso, esta discusión nominativa no afecta al argumento que aquí se defiende.

⁷⁰ VON HIRSCH/ASHWORTH, *Proportionate Sentencing*, 2005, p. 31.

⁷¹ VON HIRSCH/ASHWORTH, *Proportionate Sentencing*, 2005, p. 31.

⁷² ROBERTS, en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, pp. 234, 237. “It would make little sense for the sentencing process of expressing censure on behalf of the community, yet pay no attention to public opinion regarding the kinds of offences and offenders, which in the eyes of the community are seen as being most worthy of condemnation” (ROBERTS, cit. en RYBERG/ROBERTS, *Popular punishment*, 2014, p. 7; en el mismo sentido MATRAVERS, «Proportionality Theory and Popular Opinion», en RYBERG/ROBERTS [eds.], *Popular Punishment*, 2014, p. 43: “the most compelling reason (for contemporary retributivists) is that punishment is meant to express the community’s censure of the offender (...) and to do this it must reflect the community’s judgement of what is deserved”). Cuidado, todo esto debe ser considerado un elemento crítico normativo, no descriptivo. Esto es, si una prohibición penal concreta no encuentra en su base un consenso social sobre su dañosidad social (que es lo que justifica la censura y reprobación), sino, por ejemplo, la pura imposición de determinados intereses económicos o de ciertos grupos de poder, entonces esto es una razón, según esta concepción de las teorías del merecimiento, para despenalizar la conducta.

Estas ideas son también visibles en la obra de uno de los autores retribucionistas modernos más influyentes: Anthony DUFF. Este autor defiende una teoría comunicativa del castigo, en la que el castigo es interpretado como un mal que se impone a un conciudadano para comunicar con ello el daño social que implica la comisión del delito. Ahora bien, esta “comunicación” tiene lugar, en opinión de DUFF, en el contexto de un Derecho penal que pueda considerarse como un “Derecho común” (*Common Law*), es decir,

“no un conjunto de órdenes impuestas sobre ellos desde el exterior, sino un Derecho que exprese los valores por los cuales se definen a sí mismos como comunidad política; no una ley emitida por un soberano que demanda su obediencia, sino una ley que habla en su propia voz colectiva y en términos de sus propios valores. Más aún, si bien un Derecho común no es, por definición, democrático, un Derecho republicano apropiado para una comunidad política contemporánea sí lo es: los ciudadanos pueden verse a sí mismos (a través del proceso legislativo en el que operen) como autores de su ley”⁷³.

“la cuestión crucial es simple, aunque los teóricos la pasen por alto con demasiada frecuencia: el Derecho penal es una institución política, parte de la estructura política de un sistema político específico. En consecuencia, debemos preguntarnos, como debemos hacerlo respecto de cualquier institución política: “¿De quién es?” ¿A quién pertenece esta institución, el Derecho penal? Si aspiramos a vivir en una democracia, la respuesta inicial a esa pregunta también es muy simple: el Derecho penal (todo el Derecho, en rigor) debe ser (o pretender y aspirar a ser) nuestro Derecho como miembros del sistema político, como ciudadanos”⁷⁴.

Como puede observarse, parece claro que, para DUFF, el castigo justo presupone como condición que la ley penal pueda considerarse una “ley del pueblo” (en este sentido es “Derecho común”), y en la que por tanto los ciudadanos hayan tenido un rol decisivo en su conformación⁷⁵.

También en la moderna doctrina penal alemana existen autores que claramente reconocen que “una teoría de la pena justa es un elemento de una teoría política”⁷⁶, y que sobre la base de las ideas de HABERMAS⁷⁷ consideran que el reproche penal exige un vínculo concreto de ciudadanía, y que por tanto no puede castigarse a aquel que no ha podido participar en el proceso (democrático) de creación de las leyes penales:

“Un legítimo reproche jurídico-penal de culpabilidad sólo es posible en el contexto de un Estado democrático de Derecho, porque sólo en este contexto es posible reconocer al destinatario de la norma cuyo

⁷³ DUFF, *Punishment and Communication and Community*, 2001, p. 6.

⁷⁴ DUFF, «Un derecho penal democrático», en *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, 2015, pp. 29-30.

⁷⁵ Como el propio DUFF menciona, ello remite a un determinado rol del Estado y su relación con los ciudadanos, que en términos de filosofía política recibe el nombre de “republicanismo” o “teoría republicana”: “*that portrays citizenship, understood as equal and mutually respectful participation in the civic enterprise, as a central value (...) For a republican, law must be our law as citizens, a ‘common’ law that we make for ourselves, not a law made for us and imposed on us by a sovereign; citizens must be able to understand themselves as authors as well as addressees of the law*” (DUFF, «A criminal law for citizens», *Theoretical Criminology*, [14], 2010, pp. 300-301). De todos modos, sobre la interpretación de la obra de DUFF en el marco de una democracia deliberativa vid. en detalle GARGARELLA, *Castigar al prójimo*, 2016, pp. 172 ss., quien le reprocha (creo que con razón) no profundizar en el proceso de democratización del Derecho penal debido al “alma liberal” que coexiste con su “alma democrática”. Vid. una concepción republicana del Derecho penal, que se declara comprometida con la democracia deliberativa, en MARTÍ, en BESSON/MARTÍ (eds.), *Legal Republicanism*, 2009, pp. 123 ss.

⁷⁶ KINDHÄUSER, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, 2011, p. 11.

⁷⁷ Vid. en particular Klaus GÜNTHER, cit. en CIGÜELA, *InDret*, (2), 2017, pp. 10 ss.

quebrantamiento imputable en constitutivo del hecho punible, simultáneamente, como autor de la norma”⁷⁸.

En definitiva, desde concepciones modernas retributivas, basadas en la idea de la finalidad comunicativa del castigo, debe reservarse un papel clave a la comunidad en la génesis y aplicación del Derecho penal, porque “el acto comunicativo” en una democracia no puede ser un proceso de “arriba hacia abajo” (un soberano o una élite decide lo que debe prohibirse y así se comunica a sus súbditos y se organizan ciertas instituciones para adjudicar e imponer el castigo), sino que debe construirse siempre de modo horizontal (la propia comunidad mediante procesos participativos en línea con una democracia deliberativa decide qué debe castigarse y se implicará en su castigo efectivo). El castigo es así un acto comunicativo entre iguales.

En últimas, lo que puede observarse en las modernas discusiones sobre la justificación del castigo es una preocupación por un aspecto hasta hace no mucho descuidado debido a que dicha discusión era monopolizada por la filosofía moral: la preocupación por la propia legitimidad de la autoridad que impone el castigo⁷⁹. Esta ulterior cuestión, más que en términos de filosofía moral, debe abordarse en el contexto de la ciencia y filosofía política, pues lo que en últimas debe abordarse es la legitimidad del aparato coercitivo del Estado, que es quien, en los Estados modernos, tiene el monopolio de la coerción penal. Situados en este ámbito es cuando entonces emerge indefectiblemente la discusión sobre las condiciones que debe reunir el Derecho Penal en un Estado democrático para poder considerarse un aparato coercitivo legítimo.

En conclusión, en mi opinión, cualquier teoría moderna sobre el papel del Derecho Penal como institución social en una democracia, aunque normalmente ello no se haya explicitado y articulado de forma detallada, debe integrar en su seno, con un papel relevante, a la participación ciudadana⁸⁰.

3. “Aislando” el Derecho penal: razones (no convincentes) para delegar el Derecho penal a comisiones técnicas (expertos)

Hasta aquí he tratado de presentar los argumentos que abogan por “democratizar” el Derecho penal, en el sentido de otorgar un rol decisivo a la participación ciudadana en la génesis y en la aplicación del Derecho penal. Sin embargo, como también decíamos, ésta es una opinión mayormente no compartida entre los penalistas, que declaran explícita o implícitamente sus

⁷⁸ KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, 2011, p. 1. El título de la obra de KINDHÄUSER (junto con su discípulo chileno Juan Pablo MAÑALICH) traducida al castellano es ya sintomático. Puede verse un excelente resumen de las ideas de GÜNTHER y KINDHÄUSER en CIGÜELA, *InDret*, (2), 2017.

⁷⁹ Muy claro en este sentido BOTTOMS, «5 Puzzles in von Hirsch’s Theory of Punishment», en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory, Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, 1998, pp. 53 ss., quien precisamente comentando la teoría del castigo de v. HIRSCH, concluye que la moderna justificación del castigo necesita prestar “explicit attention to the issue fo the legitimation of authority”, por lo que a la típica pregunta sobre el fin de la pena debe añadirse un elemento ulterior relativo a que el castigo opere “as a part of a legitimate and legitimated system of authority”.

⁸⁰ Vid. un claro ejemplo de ello en Peter RAMSAY, «A Democratic Theory of Imprisonment», en DZUR *et al.* (eds.), *Democratic Theory and Mass incarceration*, 2016, pp. 84 ss., quien comienza su trabajo señalando que, a pesar de que existen muchas teorías normativas sobre el castigo, casi ninguna de ellas sitúa la justificación del castigo en premisas específicamente democráticas. Frente a ello presenta una justificación de la prisión como castigo basada en una determinada concepción de la democracia (que este autor denomina “retribucionismo democrático”).

simpatías por un sistema penal inmune a la participación ciudadana y en manos así de comisiones de expertos o técnicos. La cuestión es cuáles son los argumentos que sostienen esta postura tecnocrática.

3.1. El argumento de la “sabiduría” (*expertise*)

Un primer argumento recurrente, probablemente el fundamental, para justificar la primacía de los expertos en el Derecho penal es el carácter eminentemente técnico de la “tarea” (la creación y aplicación del Derecho penal), que amerita así su delegación en cuerpos técnicos configurados por su sabiduría. Este argumento está claramente presente cuando, según veíamos, diversos autores comparan el Derecho penal con la política monetaria de un país y defienden que igual que la política monetaria se delega en manos expertas (constituidas por las autoridades de un Banco Central o similares), lo mismo debería pasar con el Derecho penal. Otros autores acuden aquí a comparaciones análogas como sería la que consiste en comparar el Derecho penal con obras de ingeniería (por ejemplo, construir un puente), que deben depender del conocimiento del experto competente (en nuestro caso, un ingeniero), y donde a nadie se le ocurría consultar a los ciudadanos sobre las técnicas de construcción a emplear⁸¹.

En definitiva, deben sustraerse de los ciudadanos las decisiones sobre el Derecho penal porque para tomar decisiones en este ámbito es necesario tener toda una serie de conocimientos que el ciudadano común no posee.

Ciertamente, las decisiones sobre política criminal y sobre la aplicación concreta del Derecho penal requieren toda una serie de conocimientos previos⁸², pero, al margen de su déficit democrático⁸³,

⁸¹ Es una cuestión arduamente discutida si existe algo así como una “*expertise*” en materia penal o criminológica que justificaría el recurrente argumento relativo a que “igual que no nos preocupamos por la opinión pública a la hora de diseñar como construir un puente, puesto que esto es algo que deben decidir los ingenieros en función de su ‘saber’, lo mismo deberíamos hacer a la hora de elaborar las leyes penales”; vid. RYBERG, «Penal Theory, Moral Intuitions, and Public Opinion», en EL MISMO/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, pp. 22 ss.; y MATRAVERS, en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, p. 43, rechazando esta analogía ya que no existe una “*expertise*” en materia moral o política, vs. BAGARIC, «Proportionality in Sentencing: The Need to Factor in Community Experience, Not Public Opinion», en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, p. 85.

⁸² Por ejemplo, en el ámbito de la política criminal lo deseable sería, antes de penalizar o despenalizar una conducta, contar con informes criminológicos, económicos, de impacto social, etc. Esto, por desgracia, no es usual en nuestro país. Lo más cercano podrían ser las comparecencias de expertos para informar al Parlamento sobre los proyectos de reforma del Código Penal (así, vid. por ejemplo las comparecencias de profesores de Derecho penal o jueces que tuvieron lugar cuando se discutió la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, 18-2-2014 –este día dieron inicio las comparecencias de expertos que se dilataron durante varias sesiones más–).

⁸³ Esto es, al margen de la cuestión ya tratada sobre el serio problema de fondo que tiene toda postura tecnocrática, pues como bien señala PAREDES CASTAÑÓN, «Punitivismo y Democracia: las “necesidades sociales” la “voluntad popular” como argumentos político-criminales», *Libertas*, (4), 2016, p. 182: “el vicio tecnocrático, de querer sustituir la voluntad de los ciudadanos por el de otros que dicen actuar mejor que ellos, pero en su nombre y en su beneficio, es, verdaderamente un vicio muy feo para un demócrata (...)”. Vid. también en nuestra doctrina una aguda crítica al criterio “científico-tecnocrático” y “elitista” para prescindir de la ciudadanía en LARRAURI PIJOAN, *RECPC*, (11-6), 2009, pp. 14 ss.; y Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, pp. 171 ss. Vid., por el contrario, una defensa general del rol de los expertos en una democracia en SCHUDSON, «The trouble with experts –and why democracies need them», *Theory and Society*, (35), 2006, pp. 491 ss., planteando como los dos retos fundamentales son, primero, la articulación de mecanismos que en últimas aseguren el control democrático de la opinión de los expertos; y segundo, pero al mismo tiempo procurar que los expertos sean realmente independientes en su juicio

lo que el argumento de la sabiduría no explica convincentemente es por qué los ciudadanos no están en condiciones de comprender y razonar en atención a la evidencia científica (datos, estadísticas). No tengo espacio aquí para exponer con detalle esta cuestión, pero en el libro recientemente publicado *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático* (2016), presento los resultados de una investigación que atestigüa lo contrario; esto es, que los ciudadanos son capaces de comprender, razonar, debatir y tomar decisiones teniendo en cuenta datos y evidencias empíricas sobre un asunto determinado. La imagen de la ciudadanía como una masa ignorante e irreconducible es empíricamente falsa, pero además es moralmente rechazable como base de una política criminal reservada para ciertas élites políticas o académicas⁸⁴. No es “de hurtadillas” al ciudadano como debe hacerse la política criminal si queremos que sea realmente legítima en términos democráticos y además sentida como tal. Es “con” los ciudadanos como debe realizarse. Como magistralmente expresa uno de los precursores de la democracia deliberativa:

“Si el discurso de los expertos no se conecta retroalimentativamente con la formación democrática de la opinión y la voluntad, la particular opinión que los expertos pueden hacerse de un problema acaba imponiéndose contra la de los ciudadanos. Y toda diferencia de interpretación de este tipo, no tiene más remedio que percibirse, desde la perspectiva del público de los ciudadanos, como una ulterior confirmación de un paternalismo sistémico que representa una amenaza para la legitimidad”⁸⁵.

De hecho, al margen de la investigación que pude realizar (que forma parte de todo un cuerpo de investigación empírica en el mismo sentido), en la práctica diaria de nuestra justicia penal tenemos, en mi opinión, una buena pista de lo que decimos: que los ciudadanos son perfectamente competentes para discutir asuntos de justicia penal. Me refiero a la institución del jurado. Probablemente haya pocas cuestiones tan “técnicas” y propias de expertos como la configuración y determinación del dolo en un caso penal, y ello, sin embargo, es un tema que debe decidir (en los delitos de su competencia), un jurado de ciudadanos legos en Derecho. Así lo lleva haciendo ya muchos años y es evidente que no se ha producido un derrumbe de la justicia penal⁸⁶.

de la opinión de los políticos que recurren a ellos. En decir, el reto es la independencia política de los expertos, pero al mismo tiempo el control último democrático de sus juicios de saber.

⁸⁴ Muy claro en este sentido DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, pp. 175 ss., quien tras criticar el pretendido carácter irracional que se atribuye sin más a toda propuesta popular y señalar que “una descalificación permanente de las opiniones populares cuestiona directamente el modelo de sociedad democrática y pluralista con el que nos identificamos y por cuya preservación nos esforzamos” (p. 175), señala que la solución pasa por la diseminación del saber experto entre la ciudadanía, aunque “[e]n cualquier caso, la última palabra no podrá quedar en manos de los expertos. Habrán de esforzarse, sin duda, por mejorar la racionalidad del debate público, potenciando sus componentes participativos y deliberativos, pero es inherente a la sociedad democrática y pluralista que vivimos que sean los ciudadanos, a los que se reconoce capacidad de análisis y reflexión críticos, los únicos legitimados para decidir en último término, mediante los diversos procedimientos de manifestación de las opiniones populares existentes, los rasgos que debe poseer el control social jurídicopenal” (pp. 176-177).

⁸⁵ HABERMAS, *Facticidad y validez*, 1998, p. 431.

⁸⁶ Es instructiva en este sentido, por ejemplo, la SAP Barcelona 26-10-2003, sobre un conocido y polémico caso de dolo eventual (el conocido “caso *Maremagnum*”), donde el Magistrado ponente explica cómo se instruyó al jurado sobre las diferentes clases de dolo y éste tomó una decisión sobre la teoría que le pareció más convincente y la aplicó al caso concreto. Evidentemente, también se han producido casos polémicos en el ámbito del jurado (sobre todo con referencia a ciertas absoluciones), pero estoy convencido de que ni más ni menos que las que ha habido en casos de sentencias de tribunales expertos. No obstante, en nuestro país (hasta donde alcanzo) carecemos de investigaciones sobre el funcionamiento del jurado que nos permitan valorar su funcionamiento.

En el ámbito de la política criminal ciertamente los expertos pueden quejarse de su “ninguneo” por parte de los políticos, que desatienden sistemáticamente sus recomendaciones a la hora de promulgar o reformar las leyes penales. Pero esta queja, legítima y acertada, lo que no debe provocar es la retirada, como algunos proponen, del Derecho penal de la arena política, por todas las razones antes estudiadas. Al contrario, lo que debe hacerse es diseminar el saber experto entre los ciudadanos en el contexto de un ejercicio de democracia deliberativa, pues en realidad es más probable que dicho saber tenga impacto entre ciudadanos corrientes que no están atados por lealtades y compromisos políticos previos (pertenencia a un determinado partido político, presiones de ciertos *lobbies*, etc.). Los expertos no deberían contemplar a los ciudadanos como sus enemigos, sino más bien como sus potenciales aliados.

En últimas, como señala MARTÍ⁸⁷ los argumentos relativos a la “irracionalidad” del ciudadano o al “carácter técnico” de ciertas decisiones que sirven para justificar el argumento tecnocrático conllevan una peligrosa paradoja:

“La paradoja consiste en desacreditar la capacidad ciudadana para hallar las mejores decisiones públicas en el proceso legislativo, cuando al mismo tiempo se les presume con toda capacidad a la hora de elegir a sus representantes periódicamente mediante elecciones. ¿Por qué deberíamos suponer que los ciudadanos son seres irracionales y desinformados a la hora de tomar decisiones públicas y a la vez personas capaces de seleccionar a las personas que tomarán dichas decisiones por ellos? (...) En resumen, las asunciones elitistas o democráticamente débiles son devastadoras para la democracia en general”⁸⁸.

Llegados a este punto, debe afrontarse una crítica que en ocasiones se realiza a los esfuerzos por generar una opinión pública informada a partir de la presentación de información y el debate: ¿no estamos en realidad ante un elitismo disfrazado? En otras palabras, ¿no estamos en realidad convirtiendo a través del proceso deliberativo a los ciudadanos en “expertos” y así en últimas no estamos sino maquillando la opinión de los expertos con el barniz de una presunta legitimidad democrática y ya no elitista?⁸⁹

Creo que esta crítica confunde totalmente el debate: los procesos de democracia deliberativa no son “elitismo disfrazado”, es más bien al revés: es “elitismo desnudado”. En otras palabras, los procesos deliberativos implican en el fondo reconocer que nosotros, los presuntos “expertos”, no gozamos de habilidades “extra-terrenales” que nos confieren una autoridad o sabiduría inalcanzable para el común de los mortales, por lo que es a nosotros que se nos debe delegar o conferir el poder penal. Y este reconocimiento se produce porque es al debatir con los ciudadanos cuando los argumentos expertos en realidad se tornan, en muchas ocasiones, en discusiones morales, en diferentes visiones sobre una “buena sociedad” o un “buen ciudadano”, y en este tipo de discusiones nadie puede pretender estar en una situación de superioridad (moral). Puede aportarse, naturalmente, en muchas ocasiones, conocimiento experto sobre una determinada cuestión (por ejemplo, cuál es el índice de reincidencia de los delincuentes sexuales, cuál es el éxito

⁸⁷ En BESSON/MARTÍ (eds.), *Legal Republicanism*, 2009, pp. 144-145.

⁸⁸ Vid. también muy claro Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, p. 188, y *supra* nota 59.

⁸⁹ En este sentido, vid. DE KEIJSER, en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, p. 115, que considera que la opinión pública informada es una “falsa ilusión”, ya que en realidad se manipula a los ciudadanos para que lleguen a las conclusiones *a priori* defendidas por ciertos expertos: “connecting to public opinion then appears to be desirable and admissible only if that public opinion conforms to the opinion of elite expert groups”.

razonable de ciertos programas de tratamiento con delincuentes sexuales, etc.), pero finalmente debe tomarse una decisión que más que “experta” es “política” (por ejemplo, cuál es el equilibrio entre seguridad y el derecho a la reinserción de un delincuente sexual), y en cuestiones políticas, el argumento elitista queda “desnudado” en el sentido que su fuerza “política” (la visión de una buena sociedad del experto) es equivalente a la de cualquier ciudadano: puede haber “expertise” de conocimiento, pero no existe algo análogo en términos políticos. Como destaca DÍEZ RIPOLLÉS

“Ciertamente habrá otros cuestionamientos populares que podrán parecer a las élites jurídicas injustificados, disponiendo de buenas razones para llegar a tal conclusión. Pero la respuesta a tal fenómeno no ha de ser refugiarse en un saber experto inmune a tales cuestionamientos populares y que, además, se impone a ellos. El saber político-criminal –y el saber jurídico penal que de aquél deriva– es, como su nombre indica, un saber político, y es en la arena política donde debe defender sus postulados. O lo que es lo mismo, por muy buenos argumentos expertos de los que se disponga, las propuestas correspondientes sólo adquirirán la legitimación democrática y, por consiguiente, podrán hacer valer su pretensión de transformarse en normas colectivas imponentes *erga omnes*, en la medida en que sean acogidas por las convicciones generales”⁹⁰.

Por tanto, en suma, la democracia deliberativa y los esfuerzos por hallar una opinión ciudadana informada no son una “farsa” para imponer la visión del mundo de ciertas élites⁹¹. Ello desconoce totalmente que se trata de empoderar al ciudadano y, por tanto, en realidad, “desempoderar” al presunto experto.

3.2. El argumento de la volatilidad de la opinión ciudadana

Otro argumento frecuentemente esgrimido para aislar la voz ciudadana de la génesis y aplicación del Derecho penal es el relativo a la volatilidad (o fugacidad) de la opinión pública⁹². Diversos estudios han mostrado que, ciertamente, en función del contexto y la forma en que se pregunte a los ciudadanos por cierto asunto, su opinión puede variar sustancialmente, y por ello (dicen los críticos) tomar como timón de las decisiones públicas algo tan voluble sería un error. A ello suele añadirse una advertencia sobre la fácil manipulación de la opinión ciudadana, pues por su propia volatilidad es susceptible de ser utilizada a conveniencia.

Esta crítica, sin embargo, en mi opinión no es convincente por las siguientes razones. Primero, si hacemos caso de ella y por tanto desconsideramos la voz ciudadana en la justicia penal, ¿qué alternativa nos queda? Dos posibilidades parecen existir: ponemos la justicia penal en manos de expertos (tecnocracia) o ponemos la justicia penal en manos de los políticos como depositarios de la soberanía popular. La cuestión es: ¿no es igualmente voluble la opinión de estos colectivos? ¿No

⁹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, pp. 196-197.

⁹¹ Cuidado, este es un argumento normativo, no descriptivo. Es decir, evidentemente que ciertas élites pueden tener la tentación de “dominar” y manipular un proceso de democracia deliberativa para que se decida en cierto sentido (vid. ROWAN, «Democracy and punishment: A radical view», *Theoretical Criminology*, [16-1], 2012, pp. 43 ss., sobre esta crítica a la democracia deliberativa y defendiendo por ello una teoría “radical-democratic”). Pero esta es una cuestión que un diseño adecuado del proceso debe evitar: esto es, primeramente, que el foro deliberativo sea realmente inclusivo (no lo sería, por ejemplo, si no representa a las diferentes clases sociales, grupos raciales, etc.), y segundo, y ésta es tarea fundamental del moderador, que nadie monopolice y domine el debate (sobre todo ello, vid. con detalle, FISHKIN, *When people speak*, 2009, pp. 95 ss.), en particular, ciertos expertos.

⁹² Vid. por ejemplo, DE KEIJSER, en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, pp. 106-107.

cambian en función del contexto y del tiempo la opinión de los expertos⁹³ y de los políticos? ¿Hay alguien que tenga el don de la “inalterabilidad”? ¿No es la ciencia penal o criminológica un inacabable trasiego de teorías sobre los más diversos temas en los que no suele existir un acuerdo universal? Si lo que se critica a la opinión ciudadana es que no genera un resultado invariable e inmutable, ¿no debería decirse lo mismo de las opiniones (o juicios) de los expertos y los políticos⁹⁴? ¿No es consustancial al saber humano (y más en las denominadas ciencias sociales) su contingencia?

Segundo: debe tenerse en cuenta que la crítica sobre la volatilidad de la opinión ciudadana debería distinguir entre la opinión desinformada que obtenemos mediante meros sondeos de opinión (encuestas), y el juicio público al que se accede cuando realmente nos tomamos en serio la opinión ciudadana y nos implicamos en un debate informado, reflexivo y razonado (por ejemplo, mediante la técnica de la encuesta deliberativa⁹⁵). Ello porque ciertamente la opinión ciudadana que recabamos mediante encuestas, por su propia baja calidad epistémica, es más susceptible al cambio y la manipulación⁹⁶ que el juicio público que obtenemos en procesos participativos.

Ciertamente, diversos estudios han demostrado que el cambio de opinión o actitudes que se produce en los ciudadanos después de participar en una encuesta deliberativa no permanece sin embargo en el tiempo, pues tras el transcurso de cierto periodo las opiniones muestran una tendencia a retornar hacia posiciones originales⁹⁷. No obstante, esto no ha de considerarse como una prueba de la inutilidad de los esfuerzos por implicar a los ciudadanos en la búsqueda de una opinión reflexiva e informada. En realidad es una prueba de (1) la fuerza del contexto habitual en el que se inserta la opinión ciudadana, ya que es ilusorio pensar que una experiencia aislada de

⁹³ Como bien apunta LARRAURI PIJOAN, *RECPC*, (11-6), 2009, p. 15, es ilusorio pensar que nuestros expertos en política criminal (profesores universitarios, jueces, abogados, etc.) sean inmunes a influencias culturales o políticas. También Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, p. 175, alerta de que “no resulta difícil percibir que las propuestas expertas, dado el lugar que suelen ocupar sus formuladores en la escala social, tienden a ser especialmente proclives a las sugerencias provenientes de los poderes públicos o de agentes sociales influyentes”.

⁹⁴ La “volatilidad” de las decisiones políticas puede constatarse con el gráfico ejemplo de la introducción de la pena de prisión permanente revisable en la última reforma del CP (LO 1/2015). Uno esperaría que una decisión tan significativa estuviera claramente planificada y diseñada, pero basta echar un vistazo a los diferentes proyectos y ante-proyectos de reforma para darse cuenta de que ello es una ilusión (vid. así, por ejemplo, cómo se reduce o amplía en pocos meses el elenco de delitos que dan lugar a la imposición de esta pena, que de estar pensada en origen, parece ser, meramente para la delincuencia terrorista, pasa, en un momento dado y según parece tras las quejas y consiguiente entrevista personal de los padres de Marta del Castillo con el entonces ministro de Justicia, el Sr. Ruiz Gallardón, a abrazar también determinados supuestos de homicidio). Vid. sobre estos vaivenes, que demuestran la ausencia de un criterio claro a la hora de introducir esta pena, Cancio Meliá, «La pena de cadena perpetua (“prisión permanente revisable”) en el Proyecto de reforma del Código Penal», *La Ley*, (8175), 2013, pp. 103 ss.

⁹⁵ La “Encuesta Deliberativa” (*Deliberative Polling*®) es una técnica diseñada por James Fishkin para tratar de hallar la opinión informada (o juicio público) de los ciudadanos. Su mérito fundamental es que permite hacer viable el ideal de la democracia deliberativa (que las decisiones políticas se tomen tras un proceso de información, debate y deliberación razonada entre todos los afectados), que sus críticos califican de utópico en las complejas sociedades modernas. Puede obtenerse amplísima información sobre esta técnica en la página web del *Center for Deliberative Democracy* que James Fishkin lidera en la Universidad de Stanford: <https://cdd.stanford.edu>. En castellano, amplia información sobre esta técnica en María Cuesta *et al.*, *Encuesta Deliberativa*, 2008.

⁹⁶ Es conocido que simplemente variando el enunciado de algunas preguntas en una encuesta o su orden se pueden producir resultados diferentes.

⁹⁷ Así, en mi propia investigación: Varona Gómez, *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático*, 2016, pp. 156 ss.

auténtico juicio público (por ejemplo, un fin de semana deliberando, en el esquema de la encuesta deliberativa de FISHKIN), puede persistir una vez el ciudadano vuelve al contexto ordinario de desinformación y manipulación⁹⁸. (2) Por otra parte, como algunos autores han subrayado, la clave de los procesos participativos no es tanto el *contenido* (la información que se suministra al ciudadano) como el *continente*, esto es, el contexto en el que se sitúa al ciudadano. Es el contexto de mutua consideración, debate y reflexión conjunta lo que sitúa al ciudadano en una situación en la que puede trascender la “*top of the head opinion*” propia de los sondeos de opinión, para dar lugar a un auténtico juicio público⁹⁹. Por tanto, no es que la opinión reflexiva o el “juicio público” sea un espejismo de corta vida, sino que es una realidad que emergerá en cuanto se den las condiciones (contexto) para su florecimiento. Y por último (3), que los resultados de una encuesta deliberativa no persistan inalterados con el paso del tiempo, también es una prueba de que, como algunos autores señalan¹⁰⁰, un auténtico empoderamiento ciudadano necesita algo más que ejercicios puntuales de deliberación. Precisa prácticas y formas de hacer diarias, pues la democracia se aprende ejerciéndola día a día.

Por último y como tercer argumento para hacer frente a la crítica sobre la “fugacidad” de la opinión ciudadana, debe subrayarse lo siguiente: lo realmente relevante no es hallar la opinión pública fija o invariable de los ciudadanos, como si fuera una realidad empírica contrastable¹⁰¹. Lo decisivo es

⁹⁸ Como señalan LUSKIN *et al.*, «Considered Opinions: Deliberative Polling in Britain», *British Journal of Political Science*, (32), 2002, p. 484, “A few weeks’ elevated Reading, chatting and thinking, intensified by a couple of days’ focused discussion, can make some difference but cannot fully remedy a lifetime’s inattention”.

⁹⁹ “It is possible (...) that information and deliberation has its effects on the general attitude measures observed at Time 2, not because beliefs have changed, but because respondents were approaching the attitude measure while still in a state of mind that was more reflective, cautious and considered. Engendering this state of mind was indeed the intention of the intervention. Creating a task context of decision making may reduce respondents’ tendency to access personal values or affect when responding to items in the general attitude measure. (...). Indeed it may be possible that our attempts to engender informed public opinion have perhaps focused too much on adding some material that was missing previously (information) where really the most relevant factor is the level of engagement and the nature of the respondent’s orientation to the task” (INDERMAUER *et al.*, «A matter of judgement: The effect of information and deliberation on public attitudes to punishment», *Punishment and Society*, [14-2], 2012, p. 160). En la misma línea vid. BARABAS, «How Deliberation Affects Policy Opinions», *The American Political Science Review*, (98-4), 2004, pp. 687 ss., quien considera como un aspecto central de la deliberación el hecho de que obliga a los ciudadanos a tener una actitud “*open mind*”. Esto es, cuando los ciudadanos participan en un proceso de democracia deliberativa son conscientes de que no pueden rechazar sin más la opinión de sus con-ciudadanos o no prestarles la más mínima atención (como solemos hacer en nuestro día a día), y que por el contrario deberán prestar atención a sus argumentos y razonamientos. Ello coloca a los participantes en dicho estado de “apertura de miras” (“*open-mindedness*”), que según su investigación es clave para explicar los efectos de los procesos de democracia deliberativa en el cambio de actitudes y opiniones.

¹⁰⁰ Vid. DZUR, *Punishment, Participatory Democracy & the Jury*, 2012; EL MISMO, en RYBERT/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, pp. 204 ss.; ROWAN, *Theoretical Criminology*, (16-1), 2012, pp. 43 ss.

¹⁰¹ Recientemente DE KEIJSER, en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, pp. 101 ss., ha criticado también el recurso a la opinión pública informada alegando que estamos ante una opinión pública irreal (“hipotética”, “de un público inexistente”, pp. 105, 107). En su opinión, la opinión desinformada o “*top of the head*” propia de las encuestas, por mucho que nos moleste, es “la única verdadera opinión pública” (*op. cit.*, p. 102) y “un público informado no existe o es, en el mejor de los casos, una anomalía temporal creada por un científico social”. Sobre la “realidad ontológica” de una u otra opinión remito al lector a la excelente réplica de TURNER, «Penal Populism, Deliberative Methods, and the Production of “Public Opinion” on Crime and Punishment», *The Good Society*, (23-1), 2014, pp. 87 ss., que subraya que tanto una como otra (opinión pública informada o desinformada) son igualmente objeto de construcción por parte del investigador. Al margen de ello, la disputa no es sobre qué tipo de opinión pública es más o menos real, más o menos temporal. Es sobre una cuestión normativa: cuál consideramos que debe ser tenida en cuenta en un proceso de configuración democrática del Derecho penal; “*the most important question we need to ask ourselves is not which project provides objective knowledge of real public opinion?, but rather which*

otra cuestión (ya destacada anteriormente): cuál es la derivada, en términos de comprensión del proceso democrático, del compromiso con uno u otro tipo de opinión pública. Una opinión pública informada nos compromete con una concepción participativa o deliberativa de la democracia. Una opinión pública desinformada nos conduce a una concepción, en mi opinión, pobre de la democracia, porque implica tratar a los ciudadanos como una masa ignorante, y por ello, en últimas manipulable o prescindible. Por ello los defensores de una mayor participación ciudadana en el Derecho penal reniegan consecuentemente de los típicos sondeos o “encuestas de mercado”¹⁰². Éstos, creo, son los términos reales del debate en la opción por uno u otro tipo de opinión pública:

“deberíamos recordar que la investigación sobre la opinión ciudadana raramente es (si lo es alguna vez) *sólo* investigación (o un método), sino que también trasmite (o intenta transmitir) información a los políticos sobre las preferencias de su público (...). Como tal, la investigación sobre la opinión pública (sea en forma de mera encuesta de opinión o encuesta deliberativa) es también siempre una práctica política, prestando así apoyo a unos determinados principios políticos (...). Así, el estilo AGAP¹⁰³ de búsqueda de la opinión pública da vida a una particular realidad democrática: produce conocimiento que es congruente con las existentes instituciones ‘centradas en el voto’ [*voting-centric*] de la democracia liberal. Así, aquellos científicos sociales que se embarcan en este proyecto hacen algo más que meramente ofrecer una ‘representación empíricamente factible’ de la realidad; dan vida a una realidad que es compatible con las instituciones y las prácticas del régimen político dominante y con las asunciones ontológicas euro-americanas (esto es, una realidad que ‘está ahí afuera’, singular, definida, independiente y preexistente a los métodos utilizados para capturarla). Su método (agregativo, general) reproduce y a la vez refuerza el estilo atomizado y pasivo de participación política requerida de los ciudadanos cuando votan en las elecciones. El método resulta ser convenientemente congruente con y sustentador de las fuerzas políticas y ontológicas prevalentes en la sociedad contemporánea”¹⁰⁴.

3.3. El argumento finalista: un Derecho penal que permita la participación ciudadana será un Derecho Penal draconiano

Un último argumento que suele emplearse para rechazar la participación ciudadana en el ámbito de la justicia penal (sea en su génesis o en su aplicación), radica en las supuestas consecuencias perjudiciales que de ello se derivarían, y en concreto, en el temor de que ello conduciría a un Derecho penal draconiano e inefectivo. No faltan aquí pretendidos ejemplos de esta deriva punitiva a la que conduciría inexorablemente la influencia ciudadana¹⁰⁵.

project imagines and produces public opinion in a manner which is most supportive of democracy?” (TURNER, *The Good Society*, [23-1], 2014, p. 94).

¹⁰² GARGARELLA, *Castigar al prójimo*, 2016, p. 222.

¹⁰³ Esta autora, TURNER, «Mass Incarceration and Public Opinion on Crime and Justice: From Democratic Theory to Method and Reality», en DZUR *et al.* (eds.), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, 2016, p. 216, denomina Agregativa General Atomizada Pasiva (en adelante AGAP) a la técnica de los sondeos de opinión, porque se basan (1) en la *agregación* de puntos de vista individuales; (2) se focalizan en cuestiones *generales* (por ejemplo, opiniones sobre las “sentencias” en general, no sobre casos individuales); (3) están basadas en la concepción del público como individuos *atomizados* que tienen su propia opinión personal de forma aislada a los demás; y (4) sólo permiten a los participantes expresar su opinión en una forma *pasiva*, no interactiva. De ahí el nombre: estamos ante una opinión AGAP.

¹⁰⁴ TURNER, en DZUR *et al.* (eds.), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, 2016, p. 228.

¹⁰⁵ Se suele poner como ejemplo paradigmático del efecto pernicioso de los “impulsos democráticos” directos en la política criminal, la aprobación en referéndum en California de la ley denominada “*Three strikes and you’re out*”

En realidad, sin embargo, los que han analizado con profundidad las supuestas evidencias de la deriva punitiva de un Derecho penal con mayor participación ciudadana están de acuerdo en que lo que dichos ejemplos atestiguan es, ante todo, la manipulación política de la que es fácil víctima la opinión desinformada de los ciudadanos (muy a menudo bajo la batuta o complicidad de los medios de comunicación hegemónicos), pero ni mucho menos que toda participación ciudadana en el ámbito de la justicia penal nos lleve a un mayor punitivismo. Por ello, como resume GARGARELLA¹⁰⁶, la “asociación entre democracia penal y punitivismo descansa, de modo más que habitual, en una paupérrima concepción de la democracia”.

Así, a nivel general pueden consultarse, entre otros, los trabajos de DZUR¹⁰⁷ y BARKER¹⁰⁸, mostrando las razones por las que un Derecho penal más democrático no sería más punitivo o intrusivo, sino a la inversa¹⁰⁹. BARKER¹¹⁰ se basa para ello en la comparación histórica de tres Estados de Estados Unidos (California, Washington y Nueva York), mostrando cómo el Estado con mayor participación ciudadana en línea con la democracia deliberativa (Washington) es el menos punitivo. De hecho, según esta autora, la extraordinaria expansión de la prisión y el aparato penal en USA se explica, no por, según mantienen algunos¹¹¹, “demasiada democracia”, sino a la inversa, por el deterioro de la democracia en USA¹¹².

A nivel particular, esto es, centrándonos en penas concretas, HOOD¹¹³ nos recuerda como en países con amplio apoyo ciudadano a la pena de muerte (China), si a los ciudadanos se les pregunta si siguen apoyando tal pena aún en el caso de que se probara que gente inocente ha sido ejecutada,

(ZIMRING *et al.*, *Punishment and democracy*, 2001). No obstante, algunos han cuestionado que éste sea en realidad un ejemplo de auténtica democracia (vid. una primera crítica de la tesis de ZIMRING *et al.* en LAFREE, «Too Much Democracy or Too Much Crime? Lessons from California’s Three-Strikes Law», *Law and Social Inquiry*, [27–4], 2002, pp. 875 ss.; en el mismo sentido vid., entre otros, DZUR/MIRCHANDANI, «Punishment and democracy: The role of public deliberation», *Punishment and Society*, (9–2), 2007, pp. 151 ss.; BARKER, *The Politics of Imprisonment. How the Democratic Process Shapes the Way America Punishes Offenders*, 2009; y Lisa MILLER, «Power to the people: Violent victimization, inequality and democratic politics», *Theoretical Criminology*, [17], 2013, pp. 283 ss.).

¹⁰⁶ Castigar al prójimo, 2016, p. 132.

¹⁰⁷ *Punishment, Participatory Democracy & the Jury*, 2012.

¹⁰⁸ *The Politics of Imprisonment*, 2009; LA MISMA, «Prison and the public sphere: toward a democratic theory of penal order», en SCOTT (ed.), *Why Prison?*, 2013, pp. 125 ss.; LA MISMA, «Civic Repair and Penal Reform: The Role of the State in Rebuilding Trust», en FARRALL/GOLDSON/LOADER/DOCKLEY (eds.), *Justice and Penal Reform: Re-shaping the Penal Landscape*, 2016, pp. 81 ss.

¹⁰⁹ Vid. también ROBINSON, en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, pp. 66 ss., mostrando, con evidencia empírica, que configurar el Derecho penal (en términos de proporcionalidad ordinal) de acuerdo con los valores de justicia de la comunidad no lleva ni mucho menos a leyes draconianas. Al contrario: “most figures introduced and designed in order to prevent crime (as three strikes and you’re out) are considered unjust by the citizens”.

¹¹⁰ *The Politics of Imprisonment*, 2009.

¹¹¹ ZIMRING *et al.*, *Punishment and democracy*, 2001.

¹¹² En la misma línea (adicionalmente a la bibliografía citada *supra* nota 105), vid. también TASLITZ, «The Criminal Republic: Democratic Breakdown as a Cause of Mass Incarceration», *Ohio State Journal of Criminal Law*, (9–1), 2011, pp. 133 ss.; y recientemente las numerosas contribuciones presentes en el libro editado por DZUR *et al.*, *Democratic Theory and Mass Incarceration*, 2016, pp. 1 ss. En nuestro país vid. PAREDES CASTAÑÓN, *Libertas*, (4), 2016, p. 189. Desde otro punto de vista, ROBERTS/DE KEIJSER, *Punishment and Society*, (16–4), 2014, pp. 474 ss., están de acuerdo en que una mayor implicación ciudadana en la imposición del castigo no tiene por qué conducir a un Derecho penal más punitivo, pero aun así creen que debe limitarse la participación ciudadana porque con ella se corre el riesgo de no respetar principios como el de proporcionalidad, consistencia y parsimonia en la imposición de sanciones penales.

¹¹³ «Acceptance speech on the occasion of the reception of the ESC European Criminology Award», *Newsletter of the European Society of Criminology*, (11–3), 2012, p. 20.

sólo un 25% continuaba apoyando esta pena. No es difícil de imaginar, por tanto, que un castigo como la pena de muerte no pasaría la prueba de un ejercicio de democracia deliberativa, pues hay datos incontestables sobre ejecutados inocentes y argumentos con fuerza que pesarían en un debate racional e inclinarían la balanza hacia su rechazo¹¹⁴.

Por tanto, no parece cierto que un Derecho penal más atento a la participación ciudadana lleve inexorablemente a un peor Derecho penal, en el sentido de más punitivo e inefectivo¹¹⁵. La clave estriba obviamente en de qué tipo de participación ciudadana hablamos: ¿una de pobre calidad democrática basada en meras encuestas de opinión a ciudadanos desinformados?, ¿o una que se tome en serio la voz ciudadana y diseñe un marco de reflexión, información y debate para captar las demandas ciudadanas?

Sabemos que la opinión superficial de los ciudadanos que captamos con meros sondeos de opinión, al evocar, como bien señala HUTTON¹¹⁶, una “narrativa genérica de ansiedad”¹¹⁷, tiende a expresar ciertamente actitudes muy punitivas. Y por ello ésta es la opinión utilizada (manipulativamente) por aquellos políticos que pretenden legitimar sus propias concepciones ideológicas con la

¹¹⁴ Vid. en este sentido el iluminante voto concurrente del juez del Tribunal Supremo americano Marshall en el caso *Furman v. Georgia*, 1972, que supuso de facto una moratoria en la pena de muerte en USA. En su decisión, este juez, después de concluir tras analizar las diferentes funciones de la pena que la pena de muerte era inconstitucional por excesiva, en el apartado VI de su decisión argumenta que aunque la pena de muerte no fuera excesiva, sería sin embargo “moralmente inaceptable para los ciudadanos de Estados Unidos”. Lo relevante es que a la hora de poner en práctica este criterio (la aceptabilidad moral de una pena), Marshall considera que se ha de recabar la actitud de la comunidad, y que para ello no es suficiente recurrir a un “*public opinion poll*”, sino que es necesario saber qué pensaría “*people who were fully informed*” sobre la pena de muerte. Vale la pena leer con detenimiento los párrafos que este juez dedica a tratar de operar con este criterio para concluir, por toda una serie de argumentos (incapacidad para prevenir delitos, aplicación arbitraria y discriminatoria, posibilidad del castigo del inocente, etc.), que éstos “servirían para convencer incluso al más vacilante de los ciudadanos para rechazar la muerte como sanción”. Con respecto a penas como la cadena perpetua, vid. Barry MITCHELL/Julian ROBERTS, «Sentencing for murder. Exploring Public Knowledge and Public Opinion in England and Wales», *The British Journal of Criminology*, (52), 2011, pp. 141 ss., que muestran como (primero) el apoyo genérico a la cadena perpetua plasmado en encuestas a ciudadanos disminuye de forma relevante simplemente confrontando a los ciudadanos con casos escenario reales. Y (segundo) que los ciudadanos más informados sobre el funcionamiento real de la justicia penal son los que expresan actitudes menos punitivas (en su experimento, ello se plasmaba en la decisión de imponer menos años de prisión por la comisión de un homicidio). De hecho, en mi propia investigación, VARONA GÓMEZ, *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo*, 2016, y aunque no fue un tema monográfico del debate (y por ello no se abordaron con detenimiento los argumentos a favor y en contra), el apoyo a la cadena perpetua descendió de forma relevante tras una discusión genérica sobre la justicia penal y el castigo.

¹¹⁵ Yendo un paso más allá, algunas autoras plantean que la deriva punitiva es de hecho una respuesta de las oligarquías dominantes para frenar procesos de democratización que amenazan con acabar con sus privilegios (vid. así estudiando el caso de USA, Brasil y Guatemala, Katherine BECKETT/SNODGRASS, «Poder, política y penalidad. La punitividad como reacción en las democracias americanas», *Delito y Sociedad*, [21], 2012, pp. 9 ss.). Esta última hipótesis (que el punitivismo es una estrategia política para frenar procesos de democratización) es particularmente atractiva para explicar ciertas reformas que llevó a cabo el Partido Popular cuando alcanzó la mayoría absoluta en las elecciones de 2011. Me refiero especialmente a la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (LO 4/2015) con la que se intentó claramente reprimir ciertas formas de protesta ciudadana aparecidas tras el famoso movimiento 15-M.

¹¹⁶ «Beyond populist punitiveness?», *Punishment and Society*, (7-3), 2005, pp. 243 ss.

¹¹⁷ Ello al margen de otros sesgos que conducen hacia actitudes punitivas. Entre ellos destaca el conocido sesgo del “peor caso posible”. Esto es, preguntados los ciudadanos genéricamente por la pena a imponer por un delito determinado (ejemplo, violación) tienden a pensar en el peor caso posible de violación y se decantan así por penas durísimas. Pero esos mismos ciudadanos, confrontados con los detalles (información) de un caso real de violación, moderan de forma relevante las penas.

coartada de la voz ciudadana¹¹⁸. Pero también sabemos por numerosas investigaciones¹¹⁹ que esos mismos ciudadanos, en el contexto de un ejercicio de participación ciudadana presidido por la información, el debate y la reflexión, expresan una opinión mucho más matizada y que en absoluto puede resumirse como punitiva o draconiana. Ello no quiere decir, cuidado, que los ciudadanos que participan en una experiencia de democracia deliberativa estén de acuerdo con el actual tratamiento que el Derecho penal dispensa para todos los casos. Y puede que, efectivamente, para ciertos delitos o ciertos delincuentes expresen un deseo de mayor castigo¹²⁰. Según creo, esta opinión ciudadana ha de ser tomada en serio, pues ese deseo de mayor castigo puede ser en ocasiones simplemente la reacción ante lo que se considera un espacio ilegítimo de impunidad¹²¹.

En definitiva, tenemos muchas experiencias que atestiguan que una participación ciudadana en la creación y aplicación del Derecho penal en línea con los postulados de la democracia deliberativa nos lleva, no sólo a un Derecho penal más legítimo, sino probablemente también más humano que el actual. De hecho, como bien señala DÍEZ RIPOLLÉS:

“Es justamente la pretensión de ningunear a éstas [sc. las convicciones generales] y de reservar la competencia decisonal a ciertas élites jurídicas, únicas pretendidamente capaces de penetrar en las esencias de los principios reguladores de nuestra convivencia, lo que puede calificarse, sin mayores trámites, de derecho autoritario”¹²².

Una última advertencia. Creemos, según hemos señalado, que un Derecho penal sensible a la participación ciudadana en línea con los postulados de la democracia deliberativa no nos abocaría a un Derecho penal draconiano, pero, como subraya GARGARELLA,

“Si ‘nosotros’ estamos a favor de esa particular forma de entender la democracia no es porque la democracia tienda a producir buenos resultados en cuestiones relativas al delito, sino por una cuestión de principios: defendemos los mecanismos democráticos porque entendemos que nos ofrecen la mejor forma (es decir, la más justificada) para gestionar nuestras desavenencias e incertidumbres en materia criminal y representan acuerdos respetuosos de una moral igualitaria y una igualdad digna. Dicho de otro modo, defenderíamos esos mecanismos incluso aunque tales estudios empíricos mostraran resultados diferentes o menos atractivos”¹²³.

¹¹⁸ Vid. así *supra* nota 38.

¹¹⁹ Desde la pionera encuesta deliberativa de LUSKIN *et al.*, *British Journal of Political Science*, (32), 2002, pp. 455 ss., realizada en Inglaterra sobre el tratamiento de la delincuencia, hasta mi propio estudio en España (VARONA GÓMEZ, *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo*, 2016).

¹²⁰ Así, por ejemplo, en mi investigación pude constatar que existe una gran insatisfacción entre nuestros ciudadanos por lo que consideran un trato excesivamente benévolo de la delincuencia de los poderos (económica o políticamente), en particular, de la corrupción política.

¹²¹ Algunos autores han subrayado que cuando la ciudadanía percibe que no es suficientemente protegida frente a unos daños relevantes por parte del Estado, esa dejación por parte del Estado (*State failure*) puede dar lugar a reacciones punitivas por parte de los ciudadanos, que en realidad son meramente un respuesta frente al “abandono” que perciben por parte del Estado (vid. MILLER, *Theoretical Criminology*, [17], 2013, pp. 283 ss.; Insa KOCH, «Moving beyond punitivism: Punishment, state failure and democracy at the margins», *Punishment and Society*, [19-2], 2017, pp. 203 ss.).

¹²² DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, p. 197.

¹²³ GARGARELLA, *Castigar al prójimo*, 2016, pp. 227-228. En el mismo sentido, David GREEN, «Public Opinion versus Public Judgement about crime. Correcting the “Comedy of Errors”», *British Journal of Criminology*, (46), 2006, p. 149; y LARRAURI PIJOAN, *RECPC*, (11-6), 2009, p. 17.

4. La tarea pendiente: sobre el papel ciudadano en la génesis y aplicación de un Derecho penal democrático.

Hasta aquí he pretendido resumir el debate contemporáneo en la literatura penal y criminológica sobre la participación ciudadana en la justicia penal, defendiendo que, en mi opinión, existen razones de peso para tener en cuenta la voz ciudadana en la génesis y la práctica de la justicia penal.

Lo que está en juego, por tanto, no es si la ciudadanía debe tener un papel clave en la conformación del Derecho penal. Es algo diferente: son otras preguntas las que debemos hacernos.

A continuación, para finalizar el presente trabajo presentaré dichas preguntas y trataré tan sólo de esbozar algunas respuestas, pues en mi opinión el trabajo que queda por hacer es precisamente responder de forma articulada a las preguntas que surgen cuando nos tomamos en serio el carácter democrático del Derecho penal.

La primera de ellas tiene que ver con el tipo de opinión y participación ciudadana de que hablamos. Como hemos señalado en diversas partes de este trabajo me parece obvio que cuando nos planteamos escuchar la voz ciudadana no nos referimos a la “pseudo-opinión” que alcanzamos con meras encuestas o sondeos a ciudadanos desinformados y aislados¹²⁴. Comprometernos con escuchar la voz ciudadana presupone obviamente implicarnos en un proceso de mutuo debate, información y reflexión. Sólo en el marco, pues, de ejercicios de democracia deliberativa podemos plantearnos tener en cuenta la participación ciudadana.

La segunda pregunta tiene que ver con cómo vehiculamos esta opinión reflexiva en la justicia penal y damos así contenido democrático a la creación y aplicación del Derecho penal. Ésta obviamente es “la” pregunta, pues, aunque estemos de acuerdo en la importancia de oír la voz ciudadana, se podría replicar que por desgracia ello no es factible hoy en día por la complejidad de la actividad gubernativa. Ciertamente, la respuesta no es fácil y articularla requeriría mucho más de lo que puede hacerse en el marco del presente trabajo. Soy bien consciente de que presentar las razones que abogan por un Derecho penal sensible a la participación ciudadana es sólo el punto de partida, pues lo realmente difícil (y por ello lo que seguramente se criticará — por su omisión — del presente

¹²⁴ Debe reconocerse que, en su origen, las encuestas de opinión (“polls”) se concibieron precisamente como una mejora de la calidad democrática del sistema político. Ello porque hasta la generalización de su uso en los periódicos (en la década de los 30 en los USA), se entendía que la “opinión pública” era la explicitada por las élites gobernantes o los propios medios de comunicación. Frente a ello, gracias fundamentalmente a los avances metodológicos que permitieron la “generalización” de los resultados de encuestas a muestras representativas, la eterna cuestión democrática relativa a la “voz del pueblo” pudo ser vehiculada y articulada “matemáticamente” (como una media aritmética de las opiniones individuales plasmadas en una encuesta). En este sentido, en la obra de los pioneros de las encuestas representativas (así, por ejemplo George GALLUP) puede reconocerse este anhelo relativo a la mejora de la “calidad democrática” del sistema (vid. sobre los orígenes históricos de la técnica de las encuestas representativas: OBERSCHALL, «The Historical Roots of Public Opinion Research», en DONSBACH/TRAUGOTT [eds.], *The SAGE Handbook of Public Opinion Research*, 2008, pp. 83 ss.; GOOT, «Mass-Observation and Modern Public Opinion Research», en DONSBACH/TRAUGOTT (eds.), *The SAGE Handbook of Public Opinion Research*, 2008, pp. 93 ss.). La cuestión es que la misma meta exige hoy en día superar esta etapa histórica y avanzar hacia nuevas vías de captación de la “opinión pública”.

trabajo) es, sobre esta base, rellenar de contenido democrático al Derecho penal. No obstante, sí quisiera señalar que en mi opinión lo primero que deberíamos hacer para avanzar en esta tarea es diferenciar la participación ciudadana en la creación (génesis) del Derecho penal y en la práctica (aplicación) del Derecho penal¹²⁵.

En la creación del Derecho penal, esto es, en el proceso de elaboración y reforma de las leyes penales (política criminal), deberían darse entrada a todas aquellas reformas que permitan avanzar desde nuestra actual democracia representativa a versiones más próximas a una democracia deliberativa. En esta tarea el Derecho penal es deudor de todos los esfuerzos que desde la teoría y la filosofía política se están realizando para dar vida al ideal de la democracia deliberativa¹²⁶, y que, de adoptarse genéricamente para el ejercicio de toda acción de gobierno, beneficiarían también a la legislación penal¹²⁷.

Como políticas más específicas dentro de la política criminal podríamos plantearnos algunas posibilidades de participación ciudadana, no excluyentes (ni únicas). Por ejemplo, se podría crear un “consejo ciudadano”, con personas escogidas aleatoriamente que desempeñaran su función durante un determinado periodo de tiempo, y que funcionara como un órgano con poder de asesoramiento y decisión sobre leyes penales¹²⁸. O, sin llegar a este grado de “institucionalización”,

¹²⁵ Uno de los autores que en nuestra doctrina penal es más cercano a los planteamientos que en este trabajo se defienden es (s.e.u.o) es DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, quien, como ya hemos visto, realiza una contundente crítica de las visiones elitistas o tecnocráticas del Derecho Penal, reclamando en contra su legitimación democrática. No obstante, debe señalarse que este autor deja claro que su defensa de la participación ciudadana en el Derecho penal se limita a la creación del Derecho Penal, manifestándose sin embargo en contra de la participación ciudadana en su aplicación, aun sin justificarlo detalladamente (pues ciertamente no era el objeto de su libro: *op. cit.*, p. 197: “baste con decir, en una formulación peligrosa por su generalidad, que las leyes penales se crean popularmente, pero no se aplican popularmente”). En el mismo sentido, otro autor cercano a lo defendido en este trabajo es PAREDES CASTAÑÓN, *Libertas*, (4), 2016, pp. 153 ss., quien también diferencia entre la participación ciudadana en la génesis del Derecho Penal (política criminal) y en su aplicación, e igualmente realiza tal diferencia para defender dicha participación sólo en el ámbito de la política criminal. A su vez, en el ámbito de la política criminal traza una ulterior diferenciación entre “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)” (*op. cit.*, p. 183), defendiendo que es en relación con las primeras que corresponde su decisión al pueblo y, por consiguiente, “por lo que hace a las cuestiones de justicia, el papel del experto solo puede y debe ser — a lo sumo — el de consejero, carente de cualquier poder de decisión” (*op. cit.*, p.184). No tengo espacio aquí para entrar detalladamente en esta discusión, pero me parece contra intuitivo defender una amplia participación ciudadana en la creación del Derecho penal y negarla de plano en su aplicación.

¹²⁶ Vid. en nuestra doctrina MARTÍ, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, 2006, en particular Cap. VII.

¹²⁷ Vid. también por ejemplo las propuestas de PAREDES CASTAÑÓN, *Libertas*, (4), 2016, pp. 187 ss.; y NIETO MARTÍN, «Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental», en EL MISMO *et al.* (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, 2016, presentando propuestas concretas para la aplicación de la democracia deliberativa al procedimiento pre-legislativo (p. 420) y reinterpretando el tradicional principio de reserva de ley también desde la democracia deliberativa (p. 431).

¹²⁸ Como señala FISHKIN, *When people speak*, 2009, p. 11, una experiencia de este tipo es tan antigua como la propia democracia, pues en la democracia ateniense existía un consejo ciudadano, formado por 500 miembros, elegidos al azar, que se reunían durante un día o más para tomar en común decisiones importantes. Ésta parece ser la vía preferida por ROBERTS/DE KEIJSER, *Punishment and Society*, (16-4), 2014, pp. 474 ss., que defienden un órgano tipo “sentencing advisory council” (como el que existe en Inglaterra) que debería tener en cuenta a la hora de elaborar sus directivas sobre la determinación de la pena la opinión pública informada de los ciudadanos. No obstante, en el modelo de estos autores, es finalmente este órgano de expertos el que debe tomar la decisión sobre si la opinión informada ciudadana es vinculante o no (*op. cit.*, p. 246). Cercana parece también la posición de Philip PETTIT, *Buffalo Criminal Law Review* (Special Issue), (5-2), 2002, pp. 427 ss., quien propone la creación de un “penal policy board”, que sería el encargado de redactar las propuestas legislativas en el ámbito penal. Dicho órgano, cuyo objetivo

se podría considerar obligatorio, antes de aprobar una ley penal, que ésta pasara por un proceso de democracia deliberativa, esto es, realizando por ejemplo una encuesta deliberativa sobre el tema a tratar, cuyos resultados deberían ser tenidos en cuenta por el legislador de turno¹²⁹.

Respecto a la práctica (aplicación) de la justicia penal existen diversas formas de participación ciudadana que, de hecho, ya se encuentran vigentes en muchos sistemas. Una ya mencionada y probablemente la más conocida es la institución del jurado para casos penales. Esta institución tiene una clara justificación democrática y por ello debería revitalizarse y extenderse más allá de los angostos límites de nuestra legislación procesal¹³⁰.

Una segunda forma de participación ciudadana en el ámbito de la justicia penal vendría configurada por todo el vasto mundo de la justicia restaurativa. Ello porque los procesos de justicia restaurativa al implicar precisamente a los ciudadanos afectados por el conflicto son los que más claramente permiten que la voz ciudadana sea, primero, oída y, después, decisoria¹³¹.

Y una tercera forma de participación ciudadana en la justicia penal¹³², normalmente desconsiderada y que de hecho es una característica singular de nuestra legislación procesal, sería el ejercicio de la acción popular. En mi opinión, debe fomentarse la participación ciudadana en todas las etapas del proceso penal, y entre ellas ya la primera como es el propio ejercicio de la acusación penal. La acusación popular permite precisamente eso: que al margen de una institución

principal sería “to remove decision-making in the area of sentencing policy from de immediate pressures of popular outrage” (*op. cit.*, p. 442), estaría formado por expertos y representantes de la comunidad, y debería servir como “catalyst for democratic deliberation about criminal justice, not as an instrument for removing penal issues from public debate”. De todas formas, en el modelo de este autor, es finalmente, el Parlamento el que deberá aceptar o rechazar las propuestas de este “penal policy board”.

¹²⁹ Vid. David GREEN, *When Children Kill Children*, 2008, p. 287.

¹³⁰ El autor que contemporáneamente, hasta donde alcanzo, ha realizado una defensa más brillante y convincente de la revitalización del jurado es DZUR, *Punishment, Participatory Democracy & the Jury*, 2012; y EL MISMO, en RYBERT/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, pp. 204 ss.; en el mismo sentido, BENNETT, en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, pp. 146 ss. En contra vid. ROBERTS/DE KEIJSER, *Punishment and Society*, (16-4), 2014, pp. 474 ss.

¹³¹ Vid. en este sentido DZUR, *Punishment, Participatory Democracy & the Jury*, 2012. Sobre el vínculo entre justicia restaurativa y democracia es obligatoria la remisión a los trabajos de uno de los precursores fundamentales de la justicia restaurativa: John BRAITHWAITE. Para este autor, de hecho, los procesos de justicia restaurativa son “micro-instituciones” de democracia deliberativa, pues su clave es el empoderamiento del ciudadano frente a la “institucionalización” del conflicto (convertido en delito) que lleva a cabo el sistema de justicia penal (vid. así, entre otros muchos trabajos, BRAITHWAITE, «Restorative Justice», en TONRY [ed.], *Handbook of Crime and Punishment*, 2000, p. 329: “The Western criminal justice system has, on balance, been corrosive of deliberative democracy, though the jury is one institution that had preserved a modicum of it. Restorative justice is deliberative justice; it is about people deliberating over the consequences of crimes, and how to deal with them and prevent their recurrence (...) Thus restorative justice restores the deliberative control of justice by citizens”; vid. también su trabajo «Principles of Restorative Justice», en VON HIRSCH *et al.* [eds.], *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?*, pp. 1 ss., donde [p. 19] vuelve a poner de manifiesto la vinculación entre la justicia restaurativa y la democracia deliberativa; y el reciente y breve artículo publicado en 2014, donde bajo el título «Evidence for Restorative Justice» [*The Vermont Bar Journal*, 2014, pp. 18 ss.] se refiere a que el efecto más relevante de la justicia restaurativa es que implica al poder judicial [no sólo al legislativo y al ejecutivo] en la tarea de renovar el espíritu democrático entre los ciudadanos: “Reclaiming voice for families, friends and victims in justice processes is an important democratic Project”: *op. cit.*, p. 21).

¹³² Estamos mencionando ejemplos de participación ciudadana en el proceso penal, pero puede plantearse igualmente dicha participación antes de proceso penal, esto es, por ejemplo, en la propia actividad policial (vid. sobre el control y ejercicio democrático de la actividad policial TURNER, «Democracy (Re)Imagined. Some proposals for democratic policing», en FARRALL *et al.* (eds.), *Justice and Penal Reform. Re-shaping the penal landscape*, 2016, pp. 162 ss.).

pública (Ministerio Fiscal) o los directamente afectados por el delito (acusación particular), sea la propia ciudadanía, organizada en ciertos colectivos, la que asuma la acusación. Soy consciente de que la defensa de la acusación popular no es muy popular actualmente, debido al conocido caso de la asociación Manos Limpias. Obviamente, como todo mecanismo procesal, se puede hacer un mal uso del mismo, lo cual no implica que el reconocimiento de esa posibilidad de acusación popular sea un error. Más bien, como digo, lo contrario, es un acierto porque permite ser sensible a la participación ciudadana también en el ámbito de la acusación, y en ocasiones de nada sirve empoderar a los ciudadanos para decidir un caso si de entrada no existe quien acuse¹³³.

Tercera pregunta. Suele plantearse (como un reto) a los defensores de la democracia deliberativa, si una opinión pública así formada (mediante procedimientos deliberativos) debe o no someterse a ciertos límites. En otras palabras, ¿los que abogamos por la participación ciudadana mediante procedimientos deliberativos estamos dispuestos a aceptar el resultado que de ello se derive, cualquiera que sea, y aunque suponga, por poner un caso extremo, una decisión contraria, por ejemplo, a los derechos fundamentales establecidos en una Constitución? Una respuesta a esta preocupación podría limitarse a recordar que una democracia no significa únicamente regirse por la voluntad de la mayoría (aunque dicha voluntad se haya formada de forma deliberativa), sino que también lleva consigo, como principio fundacional, la evitación de la “tiranía de la mayoría”. Dicha tiranía se evita mayormente reconociendo a todas las personas una serie de “derechos fundamentales”, que suelen recogerse en textos normativos del máximo rango, denominados por

¹³³ Un caso reciente que nos puede hacer reflexionar sobre esta cuestión es el “caso Benítez”, en el cual un grupo de *Mossos d'Esquadra* causaron la muerte de un hombre al utilizar una fuerza a todas luces excesivas para reducirlo tras un altercado. El caso fue muy polémico en Barcelona porque algunos ciudadanos grabaron con móviles la actuación policial y los policías autonómicos, siendo conscientes de ello, pretendieron requisar los móviles de los vecinos (amén de cuidarse de destruir las pruebas del delito limpiando la calle de los restos de sangre de la víctima). El caso fue instruido y llegó a juicio por un presunto delito de homicidio doloso, pero misteriosamente el Fiscal (que había presentado escrito de acusación por homicidio doloso solicitando hasta 11 años de cárcel) se avino a una conformidad por homicidio culposo, que dejaba la pena en menos de dos años de prisión. La acusación particular (representada por los herederos de la víctima) también dio su conformidad con tal calificación. Pero la acusación popular (representada por el colectivo de letrados denominado Asociación Catalana de Derechos Humanos) consideró que esa degradación de la responsabilidad penal tan drástica no hacía justicia con los hechos acaecidos y en un principio se negó a prestar su conformidad con el cambio de calificación. Finalmente, la acusación popular, según parece debido a las dudas manifestadas por el representante del Ministerio Fiscal sobre una posible condena, también prestó su conformidad, pero exigiendo que se añadiera como pena la libertad vigilada de los agentes condenados con el siguiente contenido: prohibición de acercamiento al barrio donde sucedió el suceso (El Raval de Barcelona) y a realizar funciones de patrullaje durante 5 años y realización de un curso relativo a los derechos humanos. Este caso merecería una investigación singular por los innumerables problemas que plantea pero, entre ellos, creo que permite apreciar cómo la participación ciudadana en la justicia penal debería en mi opinión tener un espacio también en el ejercicio de la acusación, porque quien conozca mínimamente la práctica penal en nuestro país es consciente de que la institución de la conformidad es uno de los puntos más oscuros que existen en el proceso penal, y la participación ciudadana en la acusación por lo menos permitiría apreciar sus complejidades e intereses ocultos (como así sucedió en el caso Benítez, donde sólo las quejas de la acusación popular respecto a los pactos que estaban tejiendo el Ministerio Fiscal y las defensas nos permitió saber lo que estaba pasando). Por otra parte, aunque pueda tildarse de simbólico, el contenido de la pena de libertad vigilada muestra precisamente el rechazo de los hechos por parte de la comunidad afectada, que tiene un legítimo interés en dicha expresión reprobatoria simbólica. Vid. también la STC 154/2016, que, aunque no trata exactamente de un caso de acusación popular, plantea una problemática similar: sobre la legitimidad de ciertas asociaciones para instar un procedimiento de *habeas corpus*. La mayoría del tribunal lo niega, con argumentos formalistas que no convencen. Mucho más convincentes son los argumentos del voto particular (Magistrados Adela Asúa, Fernando Valdés y Juan Antonio Xiol), favorables a otorgar esta posibilidad y que muestran los efectos positivos en materia de defensa de derechos que ello puede suponer.

ello “Constituciones”. Las democracias modernas son así “democracias constitucionales”, en las que por tanto ciertos derechos deben protegerse al margen de las mayorías de turno y por ello deben ser considerados elementos fundacionales de todo sistema democrático.

Por tanto, para disipar ciertos temores debe recordarse claramente que cuando hablamos de un Derecho penal democrático no estamos defendiendo un “Derecho penal mayoritario” (esto es, basados en las decisiones de la mayoría sobre cualquier asunto). Democracia implica mucho más que la voluntad de la mayoría¹³⁴.

No obstante, aunque esto sea cierto, debe recordarse que los derechos fundamentales no suelen tomar la forma de todo o nada (sí o no), ya que es inherente a ellos cierta vaguedad o indeterminación que permite que su configuración concreta asuma uno u otro contenido concreto en función de cómo se conciba el respectivo derecho¹³⁵. Así, por poner un claro ejemplo, aunque estemos de acuerdo en la prohibición de los “tratos inhumanos o degradantes” como castigo por un delito, aún hemos de ponernos de acuerdo en qué configura la “inhumanidad” o “degradación” de un castigo, y aquí la cuestión sigue siendo si confiamos ello al arbitrio de una élite política, académica o judicial, o la ciudadanía debe tener un papel relevante en esta decisión. Obviamente yo defiendo que la ciudadanía debe tener un poder decisorio, y por todas las razones anteriormente detalladas creo además infundados los temores relativos a que ello nos lleve a un derecho penal draconiano o brutal.

Apelamos mucho a la “democracia”, pero nos conformamos demasiado alegremente con instituciones y prácticas que no funcionan democráticamente o lo hacen lastradas por concepciones débiles de la democracia (democracia representativa). Como subraya DZUR¹³⁶, citando a DEWEY, “una educación para la democracia requiere prácticas democráticas”. Si nos contentamos con que una institución que tan brutalmente afecta a los derechos de los ciudadanos no se configure y funcione democráticamente, no podemos luego lamentarnos del escaso desarrollo del “ideal democrático”, ni probablemente podremos quejarnos cuando constatemos que dicho déficit democrático es aprovechado por ciertas élites (políticas, económicas) para imponer sus intereses a través del Derecho penal¹³⁷.

Es tiempo para una refundación democrática del Derecho penal. Cómo hacerlo desborda en mucho el objetivo del presente trabajo. Su finalidad era obviamente más modesta: se trataba de abrir una pequeña brecha en ese camino más ambicioso (la refundación democrática del Derecho penal), presentando las razones fundamentales que abogan por ello y discutiendo las críticas tradicionales a esta posición. En realidad, la tarea y el reto más difícil (“llenar” de contenido democrático a la

¹³⁴ De hecho, algunos autores consideran inherente a un sistema de democracia deliberativa la imposición de ciertos límites a las decisiones de la mayoría que no respeten los principios básicos de igualdad y mutuo respeto (vid. así David GREEN, «Liberty, Justice, and All: The Folly of Doing Good by Stealth», en DZUR *et al.* [eds.], *Democratic Theory and Mass Incarceration*, 2016, pp. 202 ss.).

¹³⁵ GARGARELLA, *Castigar al prójimo*, 2016, p. 186.

¹³⁶ DZUR, en RYBERT/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment*, 2014, pp. 204 ss.

¹³⁷ Vid. por ejemplo, en este sentido, el iluminante trabajo de RANDO CASERMEIRO, «La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual. Aspectos globales y nacionales», *RECPC*, (17-3), 2015, sobre la influencia de los grupos de presión (empresariales) en la política criminal de la propiedad intelectual a nivel global y nacional.

creación y aplicación del Derecho penal), queda pendiente, pues sólo se han podido esbozar algunas líneas de trabajo, que no obstante espero que sean fructíferas.

5. Bibliografía

AGULLÓ (2014), «La democracia republicana: problemas y límites de un modelo alternativo a la democracia liberal», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (146), pp. 217 ss.

BAGARIC (2014), «Proportionality in Sentencing: The Need to Factor in Community Experience, Not Public Opinion», en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment. On the Normative Significance of Public Opinion*, OUP, pp. 76 ss.

BARABAS (2004), «How Deliberation Affects Policy Opinions», *The American Political Science Review*, (98-4), pp. 687 ss.

BARKER (2016), «Civic Repair and Penal Reform: The Role of the State in Rebuilding Trust», en FARRALL/GOLDSON/LOADER/DOCKLEY (eds.), *Justice and Penal Reform: Re-shaping the Penal Landscape*, Routledge, Abingdon, pp. 81 ss.

————— (2013), «Prison and the public sphere: toward a democratic theory of penal order», en SCOTT (ed.), *Why Prison?*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 125 ss.

————— (2009), *The Politics of Imprisonment. How the Democratic Process Shapes the Way America Punishes Offenders*, OUP.

Katherine BECKETT (1997), *Making Crime Pay*, Oxford University Press, New York.

Katherine BECKETT/SNODGRASS GODOY (2012), «Poder, política y penalidad. La punitividad como reacción en las democracias americanas», *Delito y Sociedad*, (21), pp. 9 ss.

Chirstopher BENNETT (2014), «Public Opinion and Democratic Control of Sentencing Policy», en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment. On the Normative Significance of Public Opinion*, OUP, pp. 146 ss.

BOTTOMS (1998), «5 Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment», en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory, Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Clarendon Press, Oxford, pp. 53 ss.

————— (1995), «The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing», en CLARKSON/MORGAN (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, pp. 17 ss.

BOURDIEU (1973), «La opinión pública no existe», Conferencia impartida en Noroit (Arras), en enero de 1972, y publicada en *Les temps modernes*, (318), enero de 1973, pp. 1292 ss. Texto de la versión en castellano de Enrique Martín Criado, en *Cuestiones de Sociología*, Istmo, España, 2000, pp. 220 ss.

BRAITHWAITE (2014), «Evidence for Restorative Justice», *The Vermont Bar Journal*, pp. 18 ss.

————— (2003), «Principles of Restorative Justice», en VON HIRSCH/ROBERTS/BOTTOMS/ROACH/SCHIFF (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?*, Hart Publishing, Oxford, pp. 1 ss.

————— (2000), «Restorative Justice», en TONRY (ed.), *Handbook of Crime and Punishment*, OUP, pp. 323 ss.

BRANDARIZ GARCÍA (2014), «La evolución de la penalidad en el contexto de la Gran Recesión: la contracción del sistema penitenciario español», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (12), pp. 309 ss.

CANCIO MELIÁ (2013), «La pena de cadena perpetua (“prisión permanente revisable”) en el Proyecto de reforma del Código Penal», *La Ley*, (8175), pp. 103 ss.

CIGÜELA SOLA (2017), «El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik», *InDret. Revista para el análisis jurídico del Derecho*, (2).

María CUESTA/Joan FONT/Ernesto GANUZA/Braulio GÓMEZ/Sara PASADAS (2008), *Encuesta Deliberativa*, Cuadernos Metodológicos, CIS, (42).

DÍEZ RIPOLLÉS (2017), «El abuso del sistema penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-1).

————— (2013), *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, 2ª ed., Trotta, Madrid.

————— (2004), «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (6-3).

DUFF (2015), «Un derecho penal democrático», en *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI editores, Madrid, pp. 25 ss.

————— (2010), «A criminal law for citizens», *Theoretical Criminology*, (14), pp. 293 ss.

————— (2001), *Punishment and Communication and Community*, OUP.

DZUR (2014), «Repellent Institutions and the Absentee Public: Grounding Opinion in Responsibility for Punishment», en RYBERT/ROBERTS (eds.) *Popular Punishment. On the Normative Significance of Public Opinion*, OUP, pp. 204 ss.

————— (2012), *Punishment, Participatory Democracy & the Jury*, OUP.

DZUR/LOADER/SPARKS (2016), «Punishment and Democratic Theory: Resources for a Better Penal Politics», en LOS MISMOS (eds.), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, OUP, pp. 1 ss.

DZUR/MIRCHANDANI (2007), «Punishment and democracy: The role of public deliberation», *Punishment and Society*, (9-2), pp. 151 ss.

FARALDO CABANA (2004), «Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», en FARALDO CABANA (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA/PUENTE ALBA (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 299 ss.

FEIJOO SÁNCHEZ (2014), *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid.

FISHKIN (2013), «Deliberation by the People Themselves: Entry Points for the Public Voice», *Election Law Journal*, (12-4), pp. 490 ss.

————— (2009), *When people speak. Deliberative democracy and public consultation*, OUP.

Natasha FROST (2010), «Beyond Public Opinion Polls: Punitive Public Sentiment & Criminal Justice Policy», *Sociology Compass*, (4-3), pp. 156 ss.

Roberto GARGARELLA (2016), *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del Derecho penal*, Siglo XXI editores, Madrid.

GARLAND (2001), *The culture of control*, OUP.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ (2011), «Aumento de presos y Código Penal. Una explicación insuficiente», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (13).

GOOT (2008), «Mass-Observation and Modern Public Opinion Research», en DONSBAC/TRAUGOTT (eds.), *The SAGE Handbook of Public Opinion Research*, Sage, Los Ángeles, pp. 93 ss.

David GREEN (2016), «Liberty, Justice, and All: The Folly of Doing Good by Stealth», en DZUR/LOADER/SPARKS (eds.), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, OUP, pp. 187 ss.

————— (2008), *When Children Kill Children. Penal Populism and Political Culture*, OUP.

————— (2006), «Public Opinion versus Public Judgement about crime. Correcting the “Comedy of Errors”», *British Journal of Criminology*, (46), pp. 131 ss.

DE GREIFF (2002), «Deliberative Democracy and Punishment», *Buffalo Criminal Law Review*, (5), pp. 373 ss.

HABERMAS (1981), *Historia y crítica de la opinión pública* (trad. de *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1962), Gustavo Gili, Barcelona.

————— (1998), *Facticidad y validez* (trad. de *Faktizität und Geltung*, 1992), Trotta, Madrid.

Claire HAMILTON (2014), «Reconceptualizing Penalty. Towards a Multidimensional Measure of Punitiveness», *The British Journal of Criminology*, (54), pp. 321 ss.

David HELD (2007), *Modelos de Democracia*, 3ª ed., Alianza Editorial, Madrid.

VON HIRSCH/ASHWORTH (2005), *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, OUP.

Roger HOOD (2012), «Acceptance speech on the occasion of the reception of the ESC European Criminology Award», *Newsletter of the European Society of Criminology*, (11-3), pp. 18 ss.

HOUGH/ROBERTS (2012), «Public Opinion, Crime, and Criminal Justice», en *Oxford Handbook of Criminology*, 5ª ed., OUP, pp. 279 ss.

Neil HUTTON (2005), «Beyond populist punitiveness?», *Punishment and Society*, (7-3), pp. 243 ss.

INDERMAUER/ROBERTS/SPIRANOVIC/MACKENZIE/GELB (2012), «A matter of judgement: The effect of information and deliberation on public attitudes to punishment», *Punishment and Society*, (14-2), pp. 147 ss.

Ronald INGLEHART /Christian WELZEL (2005), *Modernization, Cultural Change, and Democracy. The Human Development Sequence*, CUP.

Jonathan JACKSON/Ben BRADFORD/Mike HOUGH/Andy MYHILL/Paul QUINTON/Tom R. TYLER (2012), «Why do People comply with the Law?. Legitimacy and the Influence of Legal Institutions», *British Journal of Criminology*, (52), pp. 1051 ss.

Laia JORBA (2009), *Deliberación y preferencias ciudadanas: un enfoque empírico. La experiencia de Córdoba*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid.

DE KEIJSER (2014), «Penal Theory and Popular Opinion: The Deficiencies of Direct Engagement», en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment. On the Normative Significance of Public Opinion*, OUP, pp. 101 ss.

KINDHÄUSER/MAÑALICH (2011), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdeF, Buenos Aires.

Insa KOCH (2017), «Moving beyond punitivism: Punishment, state failure and democracy at the margins», *Punishment and Society*, (19-2), pp. 203 ss.

KUGLER/FUNK/BRAUN/GOLLWITZER/KAY/DARLEY (2013), «Differences in punitiveness across three cultures: a test of American exceptionalism in justice attitudes», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, (103-4), pp. 1071 ss.

Nicola LACEY (2008), *The Prisoner's Dilemma. Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, CUP.

LAFREE (2002), «Too Much Democracy or Too Much Crime? Lessons from California's Three-Strikes Law», *Law and Social Inquiry*, (27-4), pp. 875 ss.

LARRAURI PIJOAN (2009), «La Economía Política del Castigo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (11-6).

LIPPKE (2014), «Criminal Prosecutors: Experts or Elected Officials?», en RYBERG /ROBERTS (eds.), *Popular Punishment. On the Normative Significance of Public Opinion*, OUP, pp. 163 ss.

Ian LOADER/Richard SPARKS (2012), «Beyond Lamentation: Towards a Democratic Egalitarian Politics of Crime and Justice», en NEWBURN/PEAY (eds.), *Policing: Politics, Culture and Control, essays in honour of Robert Reiner*, Hart Publishing, Oxford, pp. 11 ss.

————— (2006), «Fall of the "Platonic Guardians": Liberalism, Criminology and Political Responses to Crime in England and Wales», *British Journal of Criminology*, (46-4), pp. 561 ss.

LUSKIN/FISHKIN/JOWELL (2002), «Considered Opinions: Deliberative Polling in Britain», *British Journal of Political Science*, (32), pp. 455 ss.

Roger MATTEWS (2005), «The myth of punitiveness», *Theoretical Criminology*, (9-2), pp. 175 ss.

José Luís MARTÍ (2009), «The Republican Democratization of Criminal Law and Justice», en BESSON/MARTÍ (eds.), *Legal Republicanism, National and International Perspectives*, OUP, pp. 123 ss.

————— (2006), *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid.

MATRAVERS (2014), «Proportionality Theory and Popular Opinion», en RYBERG /ROBERTS (eds.), *Popular Punishment. On the Normative Significance of Public Opinion*, OUP, pp. 33 ss.

Lisa MILLER (2013), «Power to the people: Violent victimization, inequality and democratic politics», *Theoretical Criminology*, (17), pp. 283 ss.

MIR PUIG (2015), *Derecho penal, Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

————— (2008), «Presentación», en EL MISMO/CORCOY (dirs.)/ HORTAL (coord.), *Seguridad Vial y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 13 ss.

————— (2007), «Contexto internacional y español de la contrarreforma del Derecho Penal español», en EL MISMO/CORCOY BIDASOLO (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Política Criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, pp. 15 ss.

Barry MITCHELL/Julian ROBERTS (2012), «Sentencing for murder. Exploring Public Knowledge and Public Opinion in England and Wales», *The British Journal of Criminology*, (52), pp. 141 ss.

NIETO MARTÍN (2016), «Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental», en EL MISMO/MUÑOZ/BECERRA (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, pp. 407 ss.

OBERSCHALL (2008), «The Historical Roots of Public Opinion Research», en DONSBACH/TRAUGOTT (eds.), *The SAGE Handbook of Public Opinion Research*, Sage, Los Ángeles, pp. 83 ss.

PAREDES CASTAÑÓN (2016), «Punitivismo y Democracia: las “necesidades sociales” la “voluntad popular” como argumentos político-criminales», *Libertas-Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, (4), pp. 153 ss.

Philip PETTIT (2002), «Is Criminal Justice Politically Feasible?», *Buffalo Criminal Law Review* (Special Issue), (5-2), pp. 427 ss.

————— (2000), «Prisons, Politicians and Democracy», en DUNNE/INGRAM/LITTON (eds.), *Questioning Ireland: Debates in Political Philosophy and Public Policy*, Institute of Public Administration, Dublín, pp. 155 ss.

Peter RAMSEY (2016), «A Democratic Theory of Imprisonment», en DZUR/LOADER/SPARKS (eds.), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, OUP, pp. 84 ss.

RANDO CASERMEIRO (2015), «La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual. Aspectos globales y nacionales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (17-3).

ROBERTS (2014), «Clarifying the Significance of Public Opinion for Sentencing Policy and Practice», en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment. On the Normative Significance of Public Opinion*, OUP, pp. 228 ss.

ROBERTS/DE KEIJSER (2014), «Democratising punishment: Sentencing, community views and values», *Punishment and Society*, (16-4), pp. 474 ss.

Paul ROBINSON (2014), «The Proper Role of Community in Determining Criminal Liability and Punishment», en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment. On the Normative Significance of Public Opinion*, OUP, pp. 54 ss.

————— (2013), *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, OUP.

————— (2012), «El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena», en MIR/CORCOY/HORTAL (eds.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 41 ss.

RODRÍGUEZ HORCAJO (2016), *Comportamiento humano y pena estatal: dissuasion, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid.

DEL ROSAL BLASCO (2009), «¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (11-8).

Mike ROWAN (2012), «Democracy and punishment: A radical view», *Theoretical Criminology*, (16-1), pp. 43 ss.

Mick RYAN (2006), *Captured by the Media. Prison discourse in popular culture*, Edited by Paul Mason Willan Publishing.

————— (1999), «Penal Policy Making towards the Millennium: Elites and Populists; New Labour and the New Criminology», *International Journal of the Sociology of Law*, (27), pp. 1 ss.

Jesper RYBERG (2014), «Penal Theory, Moral Intuitions, and Public Opinion», en EL MISMO/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment. On the Normative Significance of Public Opinion*, OUP, pp. 14 ss.

Víctor SAMPEDRO (2008), *Medios y elecciones 2004. La campaña electoral y "las otras campañas"*, Ramón Areces, Madrid.

SCHUDSON (2006), «The trouble with experts –and why democracies need them», *Theory and Society*, (35), pp. 491 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2001), *La expansión del Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid.

TASLITZ (2011), «The Criminal Republic: Democratic Breakdown as a Cause of Mass Incarceration», *Ohio State Journal of Criminal Law*, (9-1), pp. 133 ss.

Elizabeth TURNER (2016), «Democracy (Re)Imagined. Some proposals for democratic policing», en FARRALL/GOLDSON/LOADER/DOCKLEY (eds.), *Justice and Penal Reform. Re-shaping the penal landscape*, Routledge, Londres, pp. 162 ss.

————— (2016), «Mass Incarceration and Public Opinion on Crime and Justice: From Democratic Theory to Method and Reality», en DZUR/LOADER/SPARKS (eds.), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, OUP, pp. 213 ss.

————— (2014), «Penal Populism, Deliberative Methods, and the Production of "Public Opinion" on Crime and Punishment», *The Good Society*, (23-1), pp. 87 ss.

Tom TYLER (1990), *Why People obey the Law*, Yale University Press, New Haven/Londres (2006, Princeton University Press, Princeton/Oxford).

Tom TYLER/Jonathan JACKSON (2013), «Future challenges in the study of legitimacy and criminal justice», en TANKEBE/LIEBLING (eds.), *Legitimacy and Criminal Justice*, OUP, pp. 83 ss.

VARONA GÓMEZ (2016), *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático*, Marcial Pons, Madrid.

VILLAMERIEL PRESENCIO (2004), «La Comisión Técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003», *Diario La Ley*, (6010).

ZIMRING/HAWKINS/KAMIN (2001), *Punishment and democracy: Three strikes and you're out in California*, Oxford University Press, Oxford.