

---

# 5

## **PUNITIVISMO Y DEMOCRACIA: LAS “NECESIDADES SOCIALES” Y LA “VOLUNTAD POPULAR” COMO ARGUMENTOS POLÍTICO-CRIMINALES**

*José Manuel Paredes Castañón<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** 1 El Penalista y el Diputado. 2 El Problema: Racionalidad Político-Criminal y Autoridad. 3 Basarse en la Realidad. 4 ¿Gobernanza a través del Delito? 5 Crítica de las (Seudo-) Explicaciones Funcionales. 6 Las Políticas Criminales como Políticas Públicas: la Gobernanza de la Desviación Social y de la Seguridad. 7 Políticas Criminales: Discursos y Praxis. 8 El Discurso Político-Criminal Punitivista. 9 Mitos y Falsedades. 10 Cómo se Construye (Socialmente) el Punitivismo. 10.1 Atención Pública a las Cuestiones Criminales. 10.2 Politización: Grados. 10.3 Ambivalencia y Sesgos en la Opinión Ciudadana. 10.4 Miedo al Delito. 10.5. El Papel de los Medios de Comunicación. 10.6 La Industria Cultural. 10.7 La Constitución de la “Opinión Pública”. 10.8 Discontinuidades entre los Aspectos

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de León (1993). Licenciado en Derecho por la Universidad de León (1988). Becario de investigación M.E.C. (1989-1992). Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de León (1992-1996). Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo (1996-1999). Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Ourense (1997-1999). Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de León (1999-2003). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco (2003-2008). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo (desde 2008). Correo electrónico: [paredesmanuel@uniovi.es](mailto:paredesmanuel@uniovi.es).

Simbólicos y los Operativos. 10.9 Los Grupos de Presión. 10.10 Iniciativas Punitivistas. 10.11 Pánicos Morales. 10.12 Electoralismo en las Cuestiones Criminales. 10.13 Contra los Conspiranoicos. 11 ¿“Democracia en Acción”? 12 el Punitivismo y los Expertos: ¿Populismo Punitivo? 13 Crítica del Discurso Tecnocrático. 14 Cuestiones De Justicia. 14.1 Soberanía Popular y Deberes Morales (de Justicia). 14.2 El Poder Soberano (Constituyente) y el Poder Legislativo. 14.3 Un Diseño Institucional que Favorezca la Justicia. 15 Cuestiones de Racionalidad Instrumental. 15.1 Racionalización del Procedimiento de Elaboración de Políticas Públicas y del Procedimiento Legislativo (y Pre-Legislativo). 15.2 Agencias Reguladoras Independientes. 15.3 Expansión de la Discrecionalidad. Bibliografía.

## 1 EL PENALISTA Y EL DIPUTADO

Comenzaré mi exposición planteando una situación concreta, perfectamente realista<sup>2</sup>: con ocasión de que el gobierno de turno impulse en las Cortes Generales una enésima reforma del Código Penal, agravando –por ejemplo– las penas de los delitos de abusos sexuales a menores, un penalista español y un diputado de la mayoría parlamentaria participan en un coloquio en cualquier medio de comunicación. El penalista, muy crítico con la reforma, aduce que las nuevas penas propuestas son, de una parte, completamente innecesarias e inútiles, a la luz de las características criminológicas de la delincuencia sexual contra menores; y que, además, dada su extensión, resultan notoriamente desproporcionadas, por excesivas.

Frente a estos argumentos, el diputado de la mayoría replica que existe un estado generalizado en la opinión pública (reflejado en artículos publicados en los medios de comunicación, en iniciativas de recogida de firmas de asociaciones de víctimas, en cartas y mensajes de apoyo de diversas asociaciones y entidades llegados a

<sup>2</sup> De hecho, es una versión simplificada de mi participación en un debate acerca de la reforma de 2010 del CP español (puede escucharse aquí: <<http://josemanuelparedes.blogspot.com.es/2010/03/debate-en-punto-radio-sobre-la-reforma.html>>).

la Cámara) favorable al incremento de penas que se propone; y que, además, existe un amplio consenso entre la mayoría de los grupos parlamentarios (sólo algunos pocos diputados de la izquierda no participan del mismo) para impulsar la reforma propuesta.

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

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

## **2 EL PROBLEMA: RACIONALIDAD POLÍTICO-CRIMINAL Y AUTORIDAD**

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

“Auctoritas, non veritas facit legem”<sup>3</sup> (HOBBS, 1989, p. 231-233).

El problema puede ser presentado en términos puramente teóricos, de filosofía política y de teoría de la justicia: como el de los pesos respectivos, y comparativos, que deben tener la legitimidad de origen (*auctoritas*) y la racionalidad del contenido (*veritas*) en la factura de la ley penal<sup>4</sup> y en su valoración<sup>5</sup>. O bien puede plantearse

<sup>3</sup> La expresión exacta, en realidad, no figura en esta edición, que es traducción de la versión original inglesa, sino que aparecía en la versión latina posterior de la obra, de 1668. Sea como sea, en las páginas que indico se expone la teoría positivista acerca del Derecho que se sintetiza en el adagio.

<sup>4</sup> En puridad, política criminal y contenido de la ley penal no pueden ser identificadas en absoluto, pues ni todas las leyes penales son leyes sustantivas (hay también normas procesales, penitenciarias, etc.); ni todas las acciones de gobernanza política de la desviación social se llevan a cabo a través de leyes (existen igualmente las vías de hecho policiales, políticas promocionales, estrategias educativas, propagandísticas, preventivas, etc.); ni, en fin, es posible prescindir del momento de la aplicación (de la ley o de cualquier otra praxis política), que plantea problemas diferentes, y adicionales, al del diseño de las políticas. No obstante, señalando de antemano esta salvedad, en este trabajo me concentraré en el caso –acaso el paradigmático– de la creación de leyes penales sustantivas: de la creación o supresión de delitos y de la imposición de penas a tales delitos.

<sup>5</sup> Si se me permite ubicar el presente trabajo dentro de mi línea de investigación sobre política criminal, se trata de que en Paredes Castañón (2013) me concentré exclusivamente en las cuestiones de índole normativa, para elaborar una teoría (pura) de la racionalidad político-criminal: de cuándo el contenido de las leyes penales está justificado (tanto desde el punto de vista moral como desde el instrumental). Ahora bien, es evidente que ninguna praxis política –y tampoco la político-criminal– es un ejercicio puro de racionalidad, sino que conlleva también grandes dosis de pura decisión, de ejercicio del poder. Por ello, una visión realista de las políticas criminales realmente existentes exige examinar cómo los argumentos de racionalidad se insertan efectivamente (bien o mal) en los procesos reales de toma de decisiones propios del sistema político. (No se trata, pues, de ser tan “realistas” como para prescindir por completo de las razones en el análisis del proceso político, pues eso no sería realismo, sino pura ceguera teórica –y cinismo práctico.) De manera que lo que ha de surgir, en una visión de conjunto, es un cuadro complejo, y también ambiguo: en el que las razones (la racionalidad político-criminal) se entrechocan con los intereses, con las pasiones y con el azar (al modo en el que ya Niccolò Machiavelli magistralmente expuso: Maquiavelo (1971, *passim*, esp. cap. XXV, p. 201 ss.); Maquiavelo (1987, lib. II, cap. 1, p. 181 ss.), para dar lugar a decisiones políticas (político-criminales). Sin que cada uno de tales factores tenga un peso predeterminado, predecible o constante sobre el resultado final: eso es la política (la política real), y de ello debemos ser conscientes, y dar cuenta, en nuestras reflexiones.

desde una perspectiva más práctica, como un problema de diseño institucional: cómo lograr que el proceso legislativo permita – primero– y favorezca –además– que las leyes penales que en él se creen contengan las suficientes dosis de representatividad (de la soberanía popular) y de racionalidad (vale decir: de justicia, de eficiencia y de eficacia de la acción represiva del Estado), puesto que ambas elementos parecen imprescindibles para que la ley resulte aceptable<sup>6</sup>.

### 3 BASARSE EN LA REALIDAD

Conviene, sin embargo, antes de dejarse arrastrar a la discusión de índole normativa<sup>7</sup> (a la que volveré al final), dar un paso atrás, para echar un vistazo sobre la realidad: sobre la verdadera realidad, quiero decir, de cómo se definen las políticas criminales y el contenido de las leyes penales. Una realidad verdadera que incluye tanto los hechos (acerca de la delincuencia, del delito y del sistema penal) que están científicamente verificados como las creencias sobre esos mismos tópicos que no resisten ningún análisis serio, pero que, no obstante, por ser ampliamente compartidas, poseen efectos causales también reales. Una realidad verdadera que incluye, pues, ambos elementos (los discursos y la realidad empírica), pero que distingue entre ellos y no los pone al mismo nivel.

Pienso que este vistazo sobre lo que está pasando realmente servirá para que, luego, podamos encarar el debate normativo con mayor tranquilidad. Para disolver muchos falsos dilemas,

---

<sup>6</sup> Sin el primer elemento, la ley resultará extraña a la comunidad de los destinatarios, dudosamente legítima y raramente eficaz. Pero sin el segundo, su aplicación resultará injusta y poco eficiente; o, a veces, directamente imposible, deviniendo la ley ineficaz.

<sup>7</sup> Sobre cuestiones como: ¿cuánta democracia es deseable en el diseño de las políticas criminales?, ¿qué papel deben tener los criterios de racionalidad –tanto moral como instrumental– en la definición de las políticas criminales?, o ¿cuál ha de ser el peso respectivo de los “expertos” y de los “representantes del pueblo” en dicha definición?

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

#### **4 ¿GOBERNANZA A TRAVÉS DEL DELITO?**

Si de encarar la realidad se trata, entonces creo que conviene comenzar por la descripción (interpretación) más radical que alcanzo a ver de dicha realidad: se trata de la tesis de que la referencia al delito y al Derecho Penal se han convertido, en (algunas de) las sociedades contemporáneas, en piezas esenciales de una estrategia de gobernanza (KOOIMAN, 2003), p. 4), la gobernanza a través del delito. Tal es la tesis que, como es conocido, mantiene Jonathan Simon (2011, p. 13 ss.), en un libro reciente, al menos para el caso de los Estados Unidos de América: que sería posible identificar toda una estrategia conservadora de gobernanza, que emplearía el delito como herramienta ideológica principal para imponer modos de poder y de dominación sobre la sociedad.

En tales condiciones, por supuesto, los debates acerca de la racionalidad de la ley penal carecerían de sentido (de sentido práctico, quiero decir): en tanto que herramientas de poder y de dominación, las políticas criminales punitivistas estarían impulsadas por unos intereses ideológicos tan fuertes (en sublimar, merced a la concentración de la atención en las cuestiones criminales, problemas

sociales más profundos y conflictivos) que resultaría casi imposible imaginar que una apelación a la racionalidad pudiera hacerles mella.

Por supuesto, siempre es posible hallar algunos datos empíricos que puedan servir de apoyo, en alguna medida, a una interpretación tan totalizadora y radical como la acabada de exponer. La cuestión, me parece, es si la avalan en una medida suficiente; o si, por el contrario, la evidencia empírica resulta claramente insuficiente, por lo que la tesis en cuestión es más una interpretación de la realidad social sin fundamento empírico que una teoría social propiamente dicha<sup>8</sup>. En mi opinión, lo que ocurre es que no la avalan. O, en otros términos, que existen interpretaciones alternativas mucho más convincentes, por ser más consistentes con los datos empíricos y por estar dotadas de mayor capacidad explicativa y predictiva.

(Si se quiere formular así: sólo deberíamos volvernos hacia una explicación tan radical y totalizadora si no fuésemos capaces de elaborar explicaciones alternativas, más modestas, y también más convincentes. Veremos que, a mi entender, tales explicaciones alternativas, más modestas y mejores, sí que existen.)

---

<sup>8</sup> Sin ánimo de desviarme tampoco hacia cuestiones epistemológicas, me parece evidente que existe una diferencia (que tal vez sea tan sólo de grado, pero muy intensa, y muy relevante en la práctica) entre diversas clases de proposiciones acerca de la realidad social: entre aquellas que, sobre la base de conceptos claramente definidos y a partir de una evidencia empírica suficiente, proponen interpretaciones de la realidad susceptibles de ser criticadas por sus fundamentos (sus definiciones de conceptos y la solidez de la evidencia empírica en la que pretenden apoyarse) y/o falsadas por el fracaso de sus explicaciones y de sus predicciones; y aquellas otras, en cambio, que (aunque pretendan apoyarse en algunos datos empíricos) no son susceptibles de tal crítica o de tal falsación. Dónde haya que colocar la frontera entre unas y otras es cuestión distinta, y más difícil, sobre la que no me considero capacitado para pronunciarme ahora mismo con solvencia suficiente. Cfr., al respecto, por todos, Castro Nogueira; Castro Nogueira; Navarro, 2005, *passim*, esp. p. 173 ss.

## 5 CRÍTICA DE LAS (SEUDO-)EXPLICACIONES FUNCIONALES

En mi opinión, son dos los defectos en los que se incurre cuando se pretende interpretar las políticas criminales punitivistas como una estrategia integrada de gobernanza. En primer lugar, creo que –como luego intentaré demostrar– en esta formulación se están entremezclando y confundiendo el plano de los discursos acerca de la realidad (lo que se dice) con el de la realidad empírica (lo que se hace).

En segundo lugar, pienso que esta interpretación sobrevalora con mucho el papel social que cumplen las políticas criminales. Una cosa es decir que el diseño y aplicación de políticas criminales pueda contribuir –en alguna medida– a que la gobernanza de los fenómenos de desviación social, en una sociedad dada, resulte más o menos justa y racional. Y otra muy distinta es afirmar que el diseño y aplicación de políticas criminales es la esencia de dicha gobernanza. La primera afirmación es, me parece, indiscutible: en una misma sociedad, en un mismo régimen político (con las mismas condiciones, pues, de injusticia, de dominación y de democracia real), unas y otras políticas criminales pueden agravar el sesgo clasista, sexista, racista, etc. de las políticas públicas, o bien aminorarlo.

Sin embargo, la otra afirmación, más fuerte, de que el diseño y aplicación de políticas criminales constituye la esencia dicha gobernanza (y que, por consiguiente, lo que se haga o no haga en materia de políticas criminales –en su diseño y en su aplicación– determina de manera predominante el tratamiento que la desviación social va a recibir en una sociedad dada), me parece profundamente errónea. Pues creo, por el contrario, que es preciso distinguir (so pena de equivocarse en el diagnóstico) entre dos niveles diferentes en el análisis de cómo se gobiernan los fenómenos de desviación social: está, de una parte, la cuestión de la estructuración del campo de acción de la gobernanza; y está, de otra, la de qué políticas públicas se desarrollan dentro de dicho campo de acción.

En efecto, es importante ser conscientes de que, cuando empezamos a discutir acerca de políticas criminales (que, en suma, no son sino políticas públicas), el campo de acción sobre el que ellas van a actuar en su caso ya ha sido previamente estructurado: ya se ha determinado qué conductas son conductas desviadas y cuáles no; ya se ha establecido quiénes son los sujetos desviados; ya se ha fijado el grado de tolerancia que debe existir hacia la desviación social y, en general, la estrategia para gobernarla (para mantener sus *outputs* bajo control).

Todo esto no se discute generalmente cuando discutimos acerca de políticas criminales, porque, si discutiésemos esto, estaríamos discutiendo sobre otra política, la política radical, constituyente (en el sentido de Carl Schmitt)<sup>9</sup>: las relaciones de poder y de dominación, quién fija las normas sociales y quién no, cómo se reparten los recursos, quién forma parte de la comunidad, etc.<sup>10</sup>.

En definitiva, las políticas criminales son (si las tomamos en el más amplio sentido de la expresión: esto es, como una combinación de proclamaciones teóricas y de aplicaciones prácticas) dispositivos (de gobierno). Un dispositivo es, según Michel Foucault, una combinación de discursos, recursos, decisiones, normas, tecnologías y estrategias de acción. Esto es, una combinación de saber y de poder, orientada hacia el gobierno de determinadas realidades<sup>11</sup>. Pero cuáles sean esas realidades (cómo se identifica la materia sobre la

---

<sup>9</sup> Schmitt (1991, cap. 3, p. 58 ss.) Vid., más recientemente, Rancière (1996, p. 41-54).

<sup>10</sup> Puede discutirse a veces alguna cuestión, secundaria (en este sentido): ¿en qué casos castigamos al ladrón, o al “pervertido”, y en cuáles no? ¿con qué pena? Mas nunca la central (¿por qué le consideramos ladrón o pervertido?), que ya habrá quedado previamente establecida, antes de empezar a discutir sobre política criminal.

<sup>11</sup> Cfr. Foucault (1985, p. 128-132); Deleuze (1990, p. 155-161); Deleuze (1995, *passim*); Agamben (2015, p. 9-11, 20-22). Gobernar una realidad es –como también apunta Foucault– estructurar el campo en el que las acciones (aquí, las acciones desviadas) pueden producirse, así como las consecuencias que las mismas van a tener.

que las políticas criminales pueden actuar) y cuáles las decisiones estratégicas básicas para gobernarlas, son ambas cuestiones (decisiones, plasmadas en la realidad –en repartos de poderes, recursos e identidades) que hay que reputar previas.

Si esto es así, entonces pienso que fracasan aquellas interpretaciones de las políticas criminales punitivistas que las explican exclusiva o principalmente en términos de su funcionalidad para el control social en sociedades desiguales, dominadas e injustas<sup>12</sup>. Y fracasan, según creo, por exceso de ambición.

Primero, porque (como con demasiada frecuencia ocurre con las explicaciones pretendidamente funcionales en ciencias sociales) se construye la tesis de manera que se vuelve de imposible falsación; y, por consiguiente, inaceptable como proposición científica, descriptiva, acerca de la realidad. En efecto, una explicación funcional es aquella en la que un fenómeno  $F$ , dentro de un sistema dado  $S$ , no es explicado a partir de sus causas (por ejemplo: “ $F_1$  ocurrió porque antes ocurrió  $F_0$ ”), sino a partir de las consecuencias que objetivamente –esto es, intencionalmente o no– produce para otros elementos de un sistema (“ $F_1$  ocurrió porque beneficia a  $E$  ( $E \hat{I} S$ )”) (MERTON, 2002, p. 94-95).

Así, un determinado (sub)sistema normativo –aquí, un determinado estado del Derecho Penal– en un determinado momento del tiempo se explicaría, no por aquellos factores antecedentes que lo han causado, sino por las consecuencias que produce para algún otro elemento del sistema más amplio, el sistema social. De este modo, el Derecho Penal punitivista se explicaría por sus consecuencias para algún otro elemento del sistema social del capitalismo “posfordista”, “neoliberal”, “posmoderno”,... (las etiquetas varían). Pero, para que

<sup>12</sup> He mencionado ya el caso de Jonathan Simon, pero podría añadir también los casos de Stuart Hall et al. (1978, p. 218 ss.), de Loïc Wacquant (2001; 2010a; 2010b), de Alessandro de Giorgi (2005; 2006) y de David Garland (2005). Y, en España, el de José Ángel Brandariz García (2007; 2014). La matriz metodológica de la que parten es, obviamente, Rusche y Kirchheimer (1984, esp. p. 1-5).

la premisa de la vinculación funcional entre Derecho y sociedad constituya una explicación científica, y no una afirmación metafísica, es preciso que no se limite a proclamar que “ $F_x$  existe porque beneficia a E”, ya que esto no es más que una pseudo-explicación<sup>13</sup>.

Por el contrario, para que una proposición como la anterior pueda ser aceptada como objeto de discusión científica es necesario que la misma sea desarrollada a través de explicaciones que, en último extremo, sean de orden causal y que justifiquen la explicación funcional (ejemplo: “ $F_x$  existe porque beneficia a E. E lleva a cabo las acciones  $A_p, A_2, \dots, A_n$ , para favorecer que los fenómenos que tienen lugar sean preferentemente de aquellos que le benefician. Por lo tanto, es más probable que surja  $F_x$ , beneficioso para S, que  $F_y$ , perjudicial para él”) (ELSTER, 1994, p. 161-162; ELSTER, 1996, p. 102-103; ELSTER, 2007, p. 14; MERTON, 2002, p. 127; CASTRO NOGUEIRA; CASTRO NOGUEIRA, NAVARRO 2005, p. 215 ss.). Y justamente esto (la explicitación de los mecanismos causales a través de los cuales estarían conectados el –pretendido– beneficio para el capitalismo y el surgimiento y desarrollo de las políticas criminales punitivistas) es lo que suele faltar en estas interpretaciones. Volviendo las, a mi entender, inservibles.

Pero es que además, en segundo lugar, si nos tomamos en serio la explicación funcional de las políticas criminales punitivistas, esto es, si intentamos determinar el concreto proceso causal a través del cual se pasaría de los intereses del capitalismo hasta las políticas criminales punitivistas, lo que hallaremos será una evidencia empírica más bien escasa, poco terminante e insuficiente como prueba de dicha conexión.

Hasta el punto de que es posible pensar que, en dichas interpretaciones, se está confundiendo la existencia de correlación

<sup>13</sup> Una explicación “seudo-teleológica”, como ha explicado Von Wright (1979, p. 81-83, 108): ¿por qué ha de existir todo aquello que beneficia a E? ¿a través de qué caminos alguien provoca que  $F_x$  llegue a existir para proporcionar un beneficio a E? Si esto no se aclara, no existe verdadera explicación.

(entre determinadas transformaciones sociales del capitalismo y el desarrollo de ciertas versiones contemporáneas del punitivismo) con la existencia de causalidad entre ambos fenómenos, y que se está cometiendo así la conocida falacia “*cum hoc ergo propter hoc*”<sup>14</sup>.

En efecto, lo cierto es que el punitivismo contemporáneo no afecta por igual a diferentes sociedades, sistemas políticos y ordenamientos jurídicos que son todos ellos “capitalistas”, “posfordistas” “neoliberales”, “posmodernos”, etc. Ni tampoco, por lo demás, todas las formas de punitivismo contemporáneo son idénticas<sup>15</sup>. ¿Dónde hallaremos entonces la base empírica para poder predicar la existencia de una conexión causal –y, por ende, la justificación de la explicación funcional– con algún fundamento?

Creo, por lo tanto, que las (seudo-)explicaciones funcionales de las políticas criminales punitivistas carecen de potencia explicativa. Que confunden la existencia de un contexto y de factores favorecedores con una conexión de causalidad férrea, que hasta ahora no ha podido ser demostrada. Y que, por consiguiente, si queremos discutir en serio sobre punitivismo, apoyándonos en una comprensión adecuada de la realidad de la que hablamos, necesitamos apoyarnos en una teoría social de perfiles más finos: en proposiciones que no pretendan correlacionar causalmente macro-fenómenos (como “las políticas criminales punitivistas” y “el capitalismo contemporáneo”), sino más bien fenómenos sociales de nivel medio y micro-social.

---

<sup>14</sup> En el mismo sentido, O’Malley (2016, *passim*).

<sup>15</sup> Para la evidencia empírica referida, cfr. el importante estudio comparativo de Green (2008, p. 53 ss.), con ulteriores referencias.

## 6 LAS POLÍTICAS CRIMINALES COMO POLÍTICAS PÚBLICAS: LA GOBERNANZA DE LA DESVIACIÓN SOCIAL Y DE LA SEGURIDAD

En este sentido, creo que dicho análisis más fino debe comenzar por recuperar la idea que más arriba ya he apuntado: la de que las políticas criminales –tanto las buenas como las malas, las punitivistas y las que no lo son tanto– operan siempre sobre un espacio de gubernamentalidad<sup>16</sup> previamente configurado, dentro del cual actúan: actúan definiendo ciertas conductas y a ciertos sujetos como objeto de intervención estatal (definiendo delitos, estados peligrosos, etc.) y estableciendo ciertas acciones estatales frente a ellas y contra ellos (estableciendo penas, medidas de seguridad, otras sanciones, medidas cautelares, potestades administrativas de control, facultades policiales de actuación, etc.).

Pero las políticas criminales no son las que determinan de forma principal sobre qué espacios de la vida social va a intervenir el Estado mediante la represión, y sobre cuáles no (GARLAND, 1999, p. 16 ss.). De hecho, de tales asuntos prácticamente ni se ocupan. (A lo sumo, se ocupan de algún caso marginal, mas nunca del núcleo de la cuestión.)<sup>17</sup> Tales decisiones vienen ya, cuando de política

<sup>16</sup> Por emplear el término (“*gouvernementalité*”) acuñado por Michel Foucault (1999, p. 188 ss.; 2008), p. 107 ss.), y que ha obtenido un éxito innegable, como concepto para describir esa estructuración de los espacios de acción social a la que me refería más arriba: cfr. Dean (1999, p. 9-20. (Recientemente, Vila Viñas, 2014, p. 16, 47, n. 25, lo ha traducido como “*governabilidad*”).

<sup>17</sup> Es importante, en efecto, ser conscientes de que, aunque (especialmente) los juristas y otros cultivadores de la discusión político-criminal solemos dedicar atención a la pregunta de por qué ciertos bienes jurídicos merecen protección, ciertas conductas prohibición y ciertas penas están justificadas, en realidad nuestra labor es principalmente apologética (yo mismo, en Paredes Castañón (2013), me he dedicado a tal esfuerzo); esto es (al igual que ocurre en teología), de defensa intelectual de una “verdad” –de una normatividad– que nos es “dada”, pre-configurada por “la sociedad” (por las interacciones sociales y por las relaciones sociales de poder). Y sólo en algunos casos marginales (en términos cuantitativos, aunque puedan resultar cualitativamente relevantes) la discusión político-criminal puede alterar esa normatividad. Podemos, sí, cuando hablamos sobre política criminal, discutir –por ejemplo– si el exhibicionismo debe o no

criminal hablamos, predeterminadas (precisamente: por el régimen de gubernamentalidad que se haya impuesto).

En mi opinión, es esencial que comprendamos esto: que la determinación de qué sea (y qué no sea) materia propia para las políticas criminales (para el diseño y para la aplicación de sus acciones de gobernanza), y qué no, es también una selección, de entre diferentes alternativas imaginables; pero que no es objeto de debate (salvo, como decía, en relación con algún caso secundario o límite) dentro de la política criminal misma. Lo que sea, pues, un problema de desviación social y, además, visto desde la perspectiva de la gobernanza de la sociedad, un problema de seguridad, no se determina con argumentos político-criminales<sup>18</sup>.

Una sola observación deberá bastar para demostrar la importancia de mantener constantemente en mente esta advertencia: señala John Braithwaite que (contra lo que las interpretaciones seudo-funcionales de las políticas criminales punitivistas, arriba expuestas y criticadas, vendrían a sostener), en realidad, en el marco del capitalismo neoliberal no existe una estrategia única de control social a través de medios jurídicos, sino que hay varias. Así, al lado de la dirigida a los desviados más pobres, de la dirigida a

---

ser delito, o si debe serlo la posesión de pornografía. Pero lo que no podemos (con sentido) es cuestionar el concepto mismo de perversión sexual. Podemos, sí, discutir si la pena de muerte es o no una sanción justificable. Pero lo que no podemos (con sentido) es cuestionar la idea misma de pena como respuesta a la desviación. Podemos, pues, discutir acerca de los límites que resulta racional imponer a esas acciones de gobernanza (represiva) de la desviación social que son –entre otras– la prohibición y la sanción. Pero lo que no podemos, en el debate político-criminal, discutir sobre la esencia y legitimidad de las acciones mismas y acerca de su aplicación a ciertas formas de comportamiento. Y es que tales cuestionamientos serían ya otra cosa: un debate político radical, constituyente, una crítica cultural, una reflexión antropológica o filosófica,... En cualquier caso, no política criminal.

<sup>18</sup> Se determina por interacciones sociales (que implican siempre relaciones de poder) y por marcos culturales de interpretación de tales interacciones. En cualquier caso, de la cuestión de la desviación social como fenómeno social (y de la seguridad en tanto que el mismo fenómeno social cuando es interpretado desde el punto de vista de la gobernanza) no me ocuparé más aquí.

los disidentes políticos y de la dirigida a las personas migrantes (mediante variadas combinaciones de actuación policial, legislación penal, otras sanciones, etc.), hay otra que va dirigida a la regulación de la actividad económica<sup>19</sup>.

Esta última estrategia de control social formal no se lleva a cabo, de hecho (esto es: digan lo que digan los códigos), principalmente a través del Derecho sancionador, sino más bien a través del desarrollo de las instituciones reguladoras: agencias reguladoras, normativa reguladora, códigos e instituciones de autorregulación, etc. (BRAITHWAITE, 2000, p. 224-227; BRAITHWAITE, 2003, p. 10-14; BRAITHWAITE, 2008, p. 64 ss.; BRAITHWAITE; DRAHOS, 2000, p. 7 ss.). Es decir, que solamente ciertos fenómenos de desviación social son considerados “merecedores” de la represión: definidos, por lo tanto, como problemas de seguridad. Otras formas de desviación, en cambio, son objeto (principalmente) de regulación, no de represión<sup>20</sup>. (Y, por consiguiente, quedan fuera de la consideración en las discusiones político-criminales.)

Por lo demás, ocurre que ni siquiera aquellas interacciones sociales que son definidas como problemas de seguridad quedan por completo a cargo de las agencias encargadas de diseñar y aplicar las políticas criminales, sino que, en los estados contemporáneos, una parte importante de las gobernanzas sobre las mismas es atribuida a otras organizaciones (empresas, organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales, etc.) o grupos sociales (profesionales, comunidades, etc.)<sup>21</sup>. Quedando, otra vez, en buena medida fuera del

<sup>19</sup> Y, añado yo, hay al menos otra más, dirigida a los individuos (en principio) bien integrados socialmente: piénsese, si no, por ejemplo, en las estrategias de control social de los conductores imprudentes.

<sup>20</sup> En términos conceptuales, la diferencia entre una y otra clase de estrategia de control social estriba en si el objetivo es primariamente crear estructuras de incentivos y de motivaciones que promuevan la conducta conformista y desincentiven la desviada (regulación); o si, por el contrario, el objetivo principal es la inocuización del sujeto desviado (represión).

<sup>21</sup> Johnston; Shearing (2003, p. 66-73, 75 ss., 121-122, 123-125); Shearing; Wood (2011, p. 27-48). Piénsese, por ejemplo, en lo que ocurre con una parte significativa

debate político-criminal.

Diversas consecuencias, tanto teóricas como prácticas, pueden ser extraídas a partir de las anteriores consideraciones<sup>22</sup>. Aquí y ahora, nos interesan más las consecuencias en el terreno práctico. Y es que, si las políticas criminales poseen, en virtud de lo que se ha expuesto, un ámbito de relevancia limitado, también limitado deberá ser el terreno en el que tenga lugar la confrontación entre racionalidad político-criminal y “soberanía popular”. Veremos luego en qué se concreta dicha limitación.

## 7 POLÍTICAS CRIMINALES: DISCURSOS Y PRAXIS

Por el momento, quiero, no obstante, regresar a la descripción de la realidad. Una descripción que, como más arriba señalé, tiene que incluir tanto las realidades materiales (la praxis de cómo se elaboran y se aplican las políticas criminales reales) como los discursos que los diversos agentes sociopolíticos elaboran y propagan acerca de dichas cuestiones.

Pero una descripción que (a diferencia de lo que he dicho que ocurre generalmente en las explicaciones pseudo-funcionales del populismo punitivo) no confunda los discursos con las realidades materiales: que no acepte, pues, por su valor nominal los discursos que circulan por la sociedad acerca de cuestiones penales, sino que mantenga el saludable escepticismo y espíritu crítico que cualquier científico social debe adoptar como actitud metodológica, cuando se dedica a escuchar el modo en el que los sujetos participantes en una

---

de los problemas (definidos como) de seguridad en internet: que están a cargo de agencias de gobiernos extranjeros (del gobierno norteamericano), de empresas privadas, de las propias comunidades de internautas,...

<sup>22</sup> Desde el punto de vista teórico, permite centrar adecuadamente las discusiones sobre la metodología y la teoría de la argumentación que afectan a la discusión político-criminal. Y distinguir este género del discurso práctico de otros, tanto prácticos (de los debates constituyentes, por ejemplo) como teóricos (de los discursos de la Antropología, de la Sociología, etc.).

determinada práctica social (aquí, las prácticas político-criminales) se describen a sí mismos, a sus acciones y al entorno en el que actúan.

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

La investigación criminológica nos muestra, en cambio, que existen profundas discrepancias entre los discursos que predominan en el debate político partidista y ante la opinión pública (*politics*) y las praxis político-criminales efectivas (*policy*) que son diseñadas y aplicadas (muchas veces, incluso, por parte de los mismos líderes políticos, fiscales o responsables policiales que en el debate político declaran otras intenciones).

Y que existe un elevado nivel de aislamiento entre el primer momento y el segundo, de manera que la praxis político-criminal es, por razones tanto estructurales (la organización de la justicia penal, las regulaciones legales, las limitaciones presupuestarias, etc.) como culturales (las culturas organizativas y profesionales de los operadores del sistema penal), mucho más resistente al cambio –también al cambio punitivista– de lo que podría pensarse.

Y, en fin, que, incluso cuando se intenta aplicar aquello que se prometió (más penas, “mano dura”, “cumplimiento efectivo”, etc.), las circunstancias políticas y los obstáculos estructurales y culturales rara vez permiten otra cosa que algunos magros resultados, debido a

la falta de constancia, de recursos, de estrategia, de apoyo político, a la resistencia burocrática, a la resistencia social... (SCHEINGOLD, 1984, p. 83-86; GREEN, 2008, p. 93-94).

Todo esto, por supuesto, no quiere decir que los discursos punitivistas resulten, cuando no son aplicados efectivamente en su momento, inanes, que no produzcan efecto alguno. Al contrario, producen cuando menos un efecto muy importante: ir transformando, lenta, pero (si no son combatidos, mediante una propaganda política contraria) indefectiblemente, la cultura política.

Creando así las condiciones para que, en el medio plazo, las resistencias de la praxis político-criminal a los objetivos punitivistas se vea erosionada, y dicha praxis sea también verdaderamente transformada (GREEN, 2008, p. 83-90). No obstante, mientras tanto, mientras ese fatal momento llega<sup>23</sup>, deberíamos seguir siendo capaces de distinguir entre lo que se dice que se va a hacer y lo que luego se hace realmente.

## 8 EL DISCURSO POLÍTICO-CRIMINAL PUNITIVISTA

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

- el delito por antonomasia (para el que hay que diseñar las políticas criminales) es el delito callejero y violento (ZIMRING, 1996, p. 245-246; BECKETT; SASSON, 2004, p. 45 ss., 75-77; SIMON, 2011, p. 127-147);

<sup>23</sup> O no: la política criminal es objeto de una de las “guerras culturales” más persistentes entre –principalmente– “conservadores” y “liberales”, y en la que todos los bandos se emplean a fondo. Por lo que no está en absoluto garantizado quién vaya a tener éxito en cada ocasión.

- el delincuente por antonomasia (para el que hay que diseñar las políticas criminales) es un depredador violento (SCHEINGOLD, 1984, p. 6-7; BECKETT; SASSON, 2004, p. 75-77), completamente extraño a nosotros (miembros de la comunidad) (SCHEINGOLD, 1984, p. 6-60; BECKETT; SASSON, 2004, p. 75-77; SIMON, 2011, p. 263), a quienes aterroriza y a quienes está acechando, a la espera de su oportunidad;
- el delito admite una explicación fundamentalmente volitiva: el delincuente lo es principalmente porque decide serlo (SCHEINGOLD, 1984, p. 60; SCHEINGOLD, 1991, p. 18-23; SASSON, 1995, p. 13-14, 29 ss.; BECKETT, 1997, p. 33 ss.);
- el castigo al delincuente está siempre moralmente justificado (SCHEINGOLD, 1984, p. 60);
- además, el castigo al delincuente, si se aplica en la medida adecuada, es efectivo para impedir que delinca (o vuelva a delinquir) (SCHEINGOLD, 1984, p. 60);
- la víctima del delito es característicamente inocente, indefensa, sin voz (ZIMRING, 1996, p. 246; SIMON, 2011, p. 110);
- todos somos víctimas potenciales: si no de hecho, al menos sí por nuestra capacidad de empatía, para ponernos en su lugar. Las víctimas merecen toda nuestra solidaridad (SCHEINGOLD, 1984, p.41-43; BECKETT, 1997, p. 26-27; SIMON, 2011, p. 151-152);
- el Derecho Penal es un juego de suma cero: lo que se da al delincuente se le quita a la víctima (ZIMRING, 1996), p. 254; SIMON, 2011, p. 141);
- la falta de atención a los deseos y necesidades de la víctima son síntomas de la ineficacia del Estado, que deben ser

combatidos (SASSON, 1995, p. 38 ss.; ROBERTS; HOUGH, 2005, p. 29 ss.; SIMON, 2011, p. 151, 159 ss.);

- el buen líder político es el que se atribuye la condición de defensor de las víctimas (SIMON, 2011, p. 109-111);
- el buen líder político es un acusador, un fiscal (SIMON, 2011, p. 53 ss.);
- un buen líder político es “duro con el crimen”: cuanto más duro, mejor líder. (Aunque, claro, compitiendo por ser más duro, siempre hay alguien que logra aparecer como más duro que uno mismo...) (ZIMRING, 1996, p. 103-106; BECKETT, 1997, p. 31 ss.; BECKETT; SASSON, 2004, p. 45 ss.);
- si la represión penal no funciona, es por la ineficacia del Estado (y de sus funcionarios). Si estos se esforzaran más... (SCHEINGOLD, 1984, p. 64-68; SASSON, 1995, p. 38 ss.; BECKETT, 1997, p. 49-52; ROBERTS; HOUGH, 2005, p. 37-40; SIMON, 2011, p. 159 ss.);
- sería deseable que la “conmoción social” ocasionada por el delito fuese un criterio a tener en cuenta a la hora de adoptar aquellas decisiones que son discrecionales, tanto por parte de la policía y de la fiscalía como en sede judicial y en sede penitenciaria. Los casos penales deberían, pues, ser examinados y resueltos a la luz del efecto colectivo (estabilizador, tranquilizador –para la comunidad–, resarcitorio –para la víctima) que se supone que dicha solución posee; y no en virtud de sus propios méritos (SCHEINGOLD, 1991, p. 122-123; ZIMRING; HAWKINS; KAMIN, 2001, p. 167-168; SIMON, 2011, p. 162 ss.);
- el máximo de justicia consiste en equiparar lo más que sea posible la pena conminada en abstracto con la pena impuesta en concreto. Y ésta, a su vez, con la pena efectivamente cumplida (ZIMRING; Johnson, 2006, p. 273; ZIMRING; HAWKINS; KAMIN, 2001, p. 112-115). Hay que acabar,

pues, con los sustitutivos penales y con los beneficios penitenciarios (ZIMRING, 1996, p. 254; ROBERTS; HOUGH, 2005, p. 102-105; ZIMRING; JOHNSON, 2006, p. 276; SIMON, 2011, p. 223 ss.);

- la cárcel es el vertedero donde van a parar los desechos de la sociedad. Porque es lo único que se puede hacer con los delincuentes: apartarlos, para que no sean peligrosos (ROBERTS; HOUGH, 2005, p. 95-100; SIMON, 2011, p. 214-222).

## 9 MITOS Y FALSEDADES

Imagino que no es necesario detenerse mucho a destacar la cantidad de falsedades y de mitos que acabo de exponer. Conviene, no obstante, recordarlo:

- la ley –tampoco la ley penal– nunca posee un objetivo unitario y coherente, sino que se crea más bien por un procedimiento paralelo al de las colchas hechas de retales: un cúmulo de finalidades diferentes, y aun contradictorias, acaban por dar lugar, a través de los procedimientos formales de la legislación, a normas con un determinado contenido (aquí, prohibitivo y sancionador) (WALDRON, 2005, p. 85 ss., 143 ss.). Buscarles una interpretación teleológica unificada es antes una ficción interpretativa que una deducción a partir de la realidad. Por lo tanto, la ley tampoco es nunca el medio idóneo para realizar una política punitivista coherente y a largo plazo;
- en términos cualitativos, existe una distancia generalmente muy grande entre las características y necesidades de las víctimas reales de los delitos (BECKETT, 1997, p. 26, 82-83; SIMON, 2011, p. 111), quienes dicen representarlas (o representar sus derechos) (SIMON, 2011, p. 111-112) y los estereotipos de víctimas con los que operan los legisladores a la hora de “legislar en favor de las víctimas”

(SCHEINGOLD, 1984, p. 77-79; BECKETT; SASSON, 2004, p. 48 ss.; SIMON, 2011, p. 127 ss.). Y, en términos cuantitativos, la tasa real de victimización es mucho más baja que la tasa percibida (SCHEINGOLD, 1984, p. 42-43; BECKETT, 1997, p. 15-26; BECKETT; SASSON, 2004, p. 104-111; SIMON, 2011, p. 151-153);

- existe una selectividad notoria en la actuación legislativa, en relación con ciertas categorías de delitos y ciertos estereotipos de delincuentes, claramente sobrerrepresentados en la actividad legislativa, en comparación con su representatividad estadística (ZIMRING, 1996, p. 250; BECKETT; SASSON, 2004, p. 75-77; SIMON, 2011, p. 110.);
- no existe ninguna conexión demostrada entre la evolución de las políticas criminales y la evolución de la criminalidad. (Sí que la hay, en cambio, entre la evolución de las políticas criminales y la evolución de la tasa de encarcelamiento. Pero no entre la evolución de la tasa de encarcelamiento y la de la criminalidad, que fluctúan independientemente la una de la otra.) (BECKETT, 1997, p. 14-27; DAVEY, 1998, p. 34-35; BECKETT; SASSON, 2004, *passim*; ROEDER; EISEN; BOWLING, 2015, *passim*, esp. p. 79);
- tampoco existe una conexión coherente entre las declaraciones de intenciones político-criminales que se formular por parte de los líderes políticos y las prácticas efectivas que tienen lugar en el sistema penal (SCHEINGOLD, 1984, p. 83-86; SCHEINGOLD, 1991, p. 181-190.);
- una parte importante de la explicación de los delitos, así como de la evolución de las tasas de delincuencia, tiene que ver con factores estructurales, no con decisiones individuales;
- la cultura organizativa de las fuerzas policiales da preeminencia al principio de autoridad, a la discrecionalidad del agente y a su control sobre la calle, frente a la prevención

y persecución de delitos (SCHEINGOLD, 1984, p. 95 ss.; SCHEINGOLD, 1991, p. 73 ss.);

- la cultura organizativa del sistema judicial da preeminencia a los factores de seguridad jurídica y de apego a la tradición interpretativa antes que a la eficacia o a la justicia en el caso concreto (SCHEINGOLD, 1984, p. 148 ss.; SCHEINGOLD, 1991, p. 119 ss.);
- la cultura organizativa del sistema penitenciario da preeminencia al control del régimen penitenciario sobre el tratamiento y los objetivos resocializadores.

Siendo esto así, es decir, existiendo un contraste tan grande entre lo que podríamos llamar el discurso de la “política criminal *folk*” (de sentido común –punitivista) y la evidencia científica acerca de los efectos verdaderos de las políticas criminales realmente existentes, entonces es preciso plantearse dos cuestiones. Una primera de índole explicativa: ¿cómo se origina este contraste? Y otra de naturaleza normativa: ¿cuál debe ser la salida más razonable (o menos mala) a esta indeseable situación de disociación entre los discursos y la realidad?

## 10 CÓMO SE CONSTRUYE (SOCIALMENTE) EL PUNITIVISMO

Si comenzamos por la primera de las cuestiones, la explicativa, a estas alturas tenemos ya evidencia empírica suficiente para construir un modelo bastante fiable de cómo tiene lugar la construcción del discurso punitivista “de sentido común”<sup>24</sup>, así como

<sup>24</sup> Roberts, Stalans, Indermaur y hough (2003, p. 4-5), señalan que la característica del punitivismo contemporáneo –“populismo punitivo”– es la desconexión (sobre la base de una doble pretensión, de estar haciendo aquello que dicta el sentido común y de gozar, por ello, del apoyo de la mayoría de la población) entre la política criminal propuesta (en el discurso) y cualquier consideración (no sólo de justicia, sino sobre todo) de racionalidad instrumental.

de por qué dicho discurso tiene serias dificultades para penetrar en las prácticas reales de la justicia penal (al menos, a corto plazo, mientras no es capaz de transformar las culturas profesionales de los agentes del sistema penal). Expuesto en sus líneas generales, dicho modelo sería como sigue:

### 10.1 ATENCIÓN PÚBLICA A LAS CUESTIONES CRIMINALES

Las cuestiones criminales reciben un nivel de atención constante por parte de la ciudadanía muy reducido. No obstante, se los considera importantes, de manera que la atención potencial, una vez que el tema es suscitado, es muy alta (SCHEINGOLD, 1984, p. 44-45).

### 10.2 POLITIZACIÓN: GRADOS

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

- como una preocupación extendida, pero subyacente;
- como un tema de debate abierto en la agenda institucional;
- como propuestas específicas de reforma;
- en el caso extremo, como condición para apoyar o no a un candidato a un cargo (SCHEINGOLD, 1991, p. 31).

### 10.3 AMBIVALENCIA Y SESGOS EN LA OPINIÓN CIUDADANA

La opinión ciudadana sobre sobre las cuestiones criminales y sobre la justicia penal es siempre ambivalente (BECKETT, 1997, p. 26; BECKETT; SASSON, 2004, p. 121-128; ROWAN, 2011, p. 48). Pues, al tiempo que opera efectivamente, el mito de la ineficacia y lenidad de la justicia penal, compiten con él otros mitos (como los de la redención, de los derechos, de la injusticia social, etc.), también

populares<sup>25</sup>.

Y, además, tampoco es uniforme, sino que está condicionada, además, en parte por el género, la etnia, la clase social, el nivel sociocultural, la edad y el lugar de residencia de quien opina (SCHEINGOLD, 1984, p. 47-48; SCHEINGOLD, 1991, p. 55 ss.; BECKETT; SASSON, 2004, p. 125-128; KESSLER, 2009, p. 142 ss.; ROWAN, 2011, p. 52.).

#### 10.4 MIEDO AL DELITO

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

La experiencia de la victimización es antes simbólica (vicaria) que directa (SCHEINGOLD, 1984, p. 42-43; BECKETT, 1997, p. 62-63; BECKETT; SASSON, 2004, p. 107, 117-119; SURETTE, 2011, p. 24-27; ZULOAGA LOJO, 2014, p. 21-23).

#### 10.5. EL PAPEL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Los medios de comunicación y la industria cultural son los principales mecanismos a través de los cuales se difunde entre la ciudadanía el discurso punitivista (SCHEINGOLD, 1984, p. 42-43; SASSON, 1995, p. 151-152; BECKETT, 1997, p. 62 ss.; ROBERTS; STALANS; INDERMAUR; HOUGH, 2003, p. 76 ss.; BECKETT; SASSON, 2004, p. 73 ss.; SOTO NAVARRO, 2005, p. 125-127; GREEN, 2008, p. 117 ss.; GOODE; BEN-YEHUDA, 2009, p. 88 ss.; VARONA; GABARRÓN, 2015, p. 36-41. Y ocurre que, en ellos:

---

<sup>25</sup> Scheingold (1984, p. 64-65); Sasson, (1995, p. 55 ss.); Roberts y Hough (2005, p. 74-76, 95-96). Para el caso español, puede verse, entre otros, Varona Gómez (2009, p. 18 ss.); Asociación (2015).

- en términos cuantitativos, se da una cobertura desproporcionada a la delincuencia (BECKETT; SASSON, 2004, p. 72-75; PRATT, 2007, p. 68-69; ZULOAGA LOJO, 2014, p. 54-56, 69-78, 119-130);
- en términos cualitativos, se cubren principalmente los delitos más infrecuentes; los delitos cometidos por extraños; los delitos cometidos por miembros de ciertas etnias y clases; los delitos cometidos contra ciertas víctimas (no representativas) (HALL; CRITCHER; JEFFERSON; CLARKE; ROBERTS, 1978, p. 60, 67-68; ERICSON; BARANEK; CHAN, 1991, p. 250; BECKETT; SASSON, 2004, p. 75-77; SOTO NAVARRO, 2005, p. 126; PRATT, 2007, p. 69-70; SURETTE, 2011, p. 42-43, 54-55, 55-57; VARONA GÓMEZ, 2011, p. 23-25; JEWKES, 2015, p. 50-51, 63-64, 282-29);
- los delitos se cubren de forma episódica, no temática (BECKETT; SASSON, 2004, p. 77-78; SURETTE, 2011, p. 183; JEWKES, 2015, p. 64-66);
- se emplean estereotipos (étnicos, de clase, de género) (ERICSON; BARANEK; CHAN, 1991, p. 109; BECKETT; SASSON, 2004, p. 76-77; MAYR; MACHIN, 2012, p. 37-50, 66-76);
- se simplifican regularmente (presentando cursos causales sencillos y monocausales y atribuibles a factores claramente identificables e individualizables) problemas político-criminales que en realidad son complejos y se encuentran inmersos en dinámicas multicausales (ERICSON; BARANEK; CHAN, 1991, p. 168-175; GREEN, 2008, p. 169-179; SURETTE, 2011, p. 182, 184-187; JEWKES, 2015, p. 51-55);
- la información e interpretación se apoya fundamentalmente en fuentes del sistema penal mismo (HALL; CRITCHER; JEFFERSON; CLARKE; ROBERTS, 1978, p. 57; ERICSON; BARANEK; CHAN, 1991, p. 252-254;

BECKETT; SASSON, 2004, p. 80-81; SOTO NAVARRO, 2005, p. 126-127);

- predominan ciertos marcos cognitivos sobre otros: en concreto, en el caso de los discursos dirigidos a las masas (no así en editoriales o artículos de fondo), los marcos cognitivos que Sasson denomina “marco del sistema penal fracasado” (hay delincuencia porque el sistema penal no sabe tratarla adecuadamente) y “marco de la fractura del pacto social” (hay delincuencia porque ya no se respetan las normas como antes) (ERICSON; BARANEK; CHAN, 1991, p. 268 ss.; SASSON, 1995, p. 29 ss., 55 ss., 161-162; KESSLER, 2009, p. 115-121; SURETTE, 2011, p. 37-42).

## 10.6 LA INDUSTRIA CULTURAL

Además, en el caso concreto de la industria cultural (especialmente, la parte de ésta más orientada hacia un público de masas: literatura con vocación más comercial, cine, televisión, etc.), existe amplia evidencia de que: a) el crimen está sobrerrepresentado; b) el policía aparece habitualmente como el héroe; y c) el crimen violento aparece como el paradigma del delito (BECKETT; SASSON, 2004, p. 81-96; SURETTE, 2011, p. 86 ss.; JEWKES, 2015, p. 170-175).

Está demostrado que el público más expuesto a la información (sesgada) acepta con mayor facilidad una percepción alterada de la realidad criminológica, y la concepción de que hay que ser “duros con el crimen” (BECKETT; SASSON, 2004, p. 97-100; GREEN, 2008, p. 135-137; SURETTE, 2011, p. 191).

## 10.7 LA CONSTITUCIÓN DE LA “OPINIÓN PÚBLICA”

Los sujetos crean su opinión (la opinión pública se crea) recurriendo a marcos cognitivos para explicar los fenómenos sociales.

Los sujetos recurren principalmente a aquellos marcos cognitivos que les resultan más fácilmente disponibles, accesibles. Para ello, hay tres clases de recursos disponibles: “sabiduría popular” (esto es, la tradición cultural asentada), experiencias personales, discursos de los medios e industria cultural.

El grado de disponibilidad de dichos recursos y de los marcos cognitivos correspondientes depende de: constantes culturales, la clase social, la etnia, el lugar de residencia (campo o/ ciudad, en qué barrio,...), inserción familiar, medios de comunicación accesibles, tipo de consumo cultural. La elección de un marco deriva de una combinación de intereses (en autoubicarse), de interacción con los demás y de proyección de obsesiones culturales (GAMSON, 1992, p. 115 ss.; SASSON, 1995, p. 129-146).

Cuáles sean los recursos disponibles, y cuál la combinación de ellos que dé lugar a la opinión pública, es algo que depende en buena medida (cuando, como es el caso de los países occidentales desarrollados, las constricciones estructurales son similares) de la cultura política hegemónica en cada sociedad: grado de competitividad política (o de consensualismo), competitividad entre los medios de comunicación y tipología de su público, etc. (SAVELSBERG, 1994, p. 921-937; DAVEY, 1998, p. 47 ss., 94-97; GREEN, 2008, p. 77 ss.; LACEY, 2008, p. 1-112; BARKER, 2009, *passim*; GOTTSCHALK, 2015, p. 163 ss.).

## 10.8 DISCONTINUIDADES ENTRE LOS ASPECTOS SIMBÓLICOS Y LOS OPERATIVOS

Existe una ventaja evidente en la explicación volitiva desde el punto de vista político (de la política simbólica: *politics*): permite presentar una visión simplificada del problema de la delincuencia y de sus posibles soluciones, el mito del crimen y el castigo. Sin embargo, esta ventaja desaparece cuando se pasa de lo simbólico

a lo operativo (a la *policy*): en este ámbito, las complejidades y ambivalencias de la evidencia criminológica recobran su relevancia (para el profesional, encargado de aplicar políticas criminales) (SCHEINGOLD, 1991, p. 181 ss.).

## 10.9 LOS GRUPOS DE PRESIÓN

Los únicos que prestan una atención constante a las cuestiones criminales son determinados lobbies: sindicatos policiales, empresas de seguridad privada, asociaciones de comerciantes, movimientos sociales... (HALL; CRITCHER; JEFFERSON; CLARKE; ROBERTS, 1978, p. 38 ss.; SCHEINGOLD, 1984, p. 83; SCHEINGOLD, 1991, p. 55-62; BECKETT, 1997, p. 93-95, 97-101). Son los elaboradores de demandas, los empresarios morales (que lanzan iniciativas para cambiar las políticas criminales existentes) (BECKER, 1961, p. 147 ss.; SOTO NAVARRO, 2005, p. 126-127; GREEN, 2008, p. 204 ss.; GOODE; BEN-YEHUDA, 2009), p. 121-127).

## 10.10 INICIATIVAS PUNITIVISTAS

Los intentos de politizar las cuestiones criminales suele proceder de esos sectores específicos. Suelen ser resistidos, en principio, por los operadores del sistema penal, y con frecuencia también por las élites políticas. E igualmente, en el caso de que existan, por aquellos grupos sociales temerosos de convertirse en víctimas de la política de “dureza con el crimen”: minorías étnicas, sexuales, etc. (siempre que sean políticamente relevantes) (SCHEINGOLD, 1991, p. 62-65; PRATT, 2007, p. 147-149).

## 10.11 PÁNICOS MORALES

El “pánico moral” es el mecanismo (ideológico) a través del cual la atención de la ciudadanía es concentrada, en un determinado

momento, sobre una cierta tipología de víctima, de delito y de delincuente<sup>26</sup>. El pánico moral es un fenómeno social generalizado de miedo (emocionalmente cargado) a la amenaza constituida (supuestamente) por la conducta de ciertos sujetos desviados<sup>27</sup>.

Los elementos del pánico moral son, pues, la existencia de una preocupación (emocionalmente cargada); la personificación del problema en ciertos sujetos (“*folk devils*”), estereotípicos, en los que se concentra la hostilidad; la existencia de un consenso generalizado acerca de la existencia de un auténtico problema y de que “hay que hacer algo” para solucionarlo; la desproporción de la reacción (en atención a la gravedad real del problema); y la volatilidad del miedo.

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

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

existencia de determinadas ansiedades sociales (ambiente social que lo propicia);

---

<sup>26</sup> Pero no sólo: como señalan Pratt (2007, p. 116-123) y Waiton (2008, p. 1 ss.), progresivamente los pánicos morales se han extendido a conductas no delictivas sino simplemente consideradas “antisociales”: mendicidad, inmigración, vandalismo juvenil, grafiti... Con lo cual las estrategias de gobernanza de los problemas de la seguridad tienden progresivamente a extenderse más allá del ámbito del Derecho Penal (aunque, en realidad, siempre han ido más allá, en momentos de pánico moral ello resulta aún más notorio).

<sup>27</sup> Los momentos (percibidos como) de crisis son, en efecto, aquellos en los que las constricciones estructurales y culturales que habitualmente existen para la acción política parecen desaparecer, o al menos perder relevancia: son aquellos momentos en los que el impulso a la actuación político-criminal resulta más probable (GREEN, 2008, p. 90-94). (Aunque, una vez finalizada la crisis, las cosas vuelven a su cauce, y la acción político-criminal –aun la populista– se vuelve, otra vez, dificultosa, incierta.) En todo caso, por supuesto, qué sea o no un momento de crisis desde el punto de vista político-criminal depende de cómo se perciba la realidad...

existencia de un grupo de interés que lo promueve;

los líderes sociales, detentadores del poder filtran el pánico, amplificándolo o reprimiéndolo;

los medios son la herramienta con la que se construye el discurso del pánico moral (se pone el tema en la agenda)<sup>28</sup>: se construye una “realidad” (falsa, pero) verosímil. Lo suficientemente alejada de la experiencia inmediata del público como para poder ser creída, pero lo suficiente próxima a dicha experiencia para aprovechar sus ansiedades;

el papel de la ciudadanía es el de la reacción populista: frente a los desviados (los –supuestos– responsables de la amenaza), y/o frente a “la élite” (que “no hace nada” para evitar el –supuesto– mal), o frente a los dos. Porque tanto unos como otros pueden llegar a ser considerados los “verdaderos” responsables de la amenaza (GOODE; BEN-YEHUDA, 2009, p. 57-58, 129 ss.).

## 10.12 ELECTORALISMO EN LAS CUESTIONES CRIMINALES

En este contexto, la tentación de emplear las cuestiones criminales y la política criminal como armas de propaganda política es grande (SCHEINGOLD, 1984, p. 75-76).

No hacen falta elevadas tasas de delincuencia para que la cuestión criminal se politice. Los incrementos en la delincuencia pueden “echar a rodar la bola”, provocar el inicio de la cadena causal. Pero, luego, el camino que siga el proceso resultará ya independiente de la evolución de la delincuencia (BECKETT, 1997, p. 23-26).

El incremento (o pretendido incremento) de la delincuencia es presentado a través de ejemplos particulares, especialmente horribles y llamativos (siempre de crimen callejero: depredadores extraños actuando sobre personas decentes). Con ello, el caso

<sup>28</sup> McCombs (2006, *passim*); Surette (2011, p. 189-190); Jewkes (2015, p. 84-89). Para el caso español, cfr. García Arán et al (2008).

anecdótico es convertido, ante los ojos del público, en la categoría usual de crimen. Este es el escenario que genera el miedo al delito (BECKETT; SASSON, 2004, p. 75-76).

El aprovechamiento político de la delincuencia se limita a aprovechar este contexto social: se trata, pues, de una conducta meramente oportunista (que, sin embargo, puede reforzar el proceso) (SCHEINGOLD, 1984, p. 79-83; ZIMRING, 1996, p. 251-253). Una conducta oportunista que, sin embargo, puede ser sincera (puede que el político esté convencido de que hay un problema con la delincuencia, que debe ser afrontado), o bien puramente cínica (si el político sabe que no hay tal problema, pero, a pesar de ello, decide aprovecharse del ambiente social favorable) (ZULOAGA LOJO, 2014, p. 95 ss.).

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

Una vez lanzado el tema de la delincuencia en el ámbito de la lucha electoral, no es probable que ningún político se atreva a plantear propuestas alternativas a las que dicta el mito, pues sería extremadamente arriesgado para él (SCHEINGOLD, 1984, p. 76).

En el discurso electoralista sobre el crimen, los malos son los jueces; los buenos, los policías. (Las víctimas aparecen siempre tan sólo en el trasfondo.) (SCHEINGOLD, 1984, p. 78-79).

### 10.13 CONTRA LOS CONSPIRANOICOS

En realidad, las oleadas de campañas punitivistas no obedecen a una estrategia común, sino a una confluencia de estrategias: los medios, con su búsqueda de público; los políticos, en

su búsqueda de votos; las agencias del sistema penal, en su búsqueda de protagonismo, libertad de acción y presupuesto. Tanto políticos como medios operan de forma cíclica. Los únicos que operan como un lobby constante con objetivos claro son las agencias del sistema penal (SCHEINGOLD, 1984, p. 83).

## 11 ¿“DEMOCRACIA EN ACCIÓN”?

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

- ni el desenvolvimiento del discurso punitivista, y de sus demandas de modificación de las prácticas político-criminales, posee, de una parte, conexión demostrable alguna con la evolución de las tasas de delincuencia. Antes al contrario, está firmemente demostrado que la evolución de ambas variables (punitivismo y delincuencia) son prácticamente independientes y evolucionan conforme a lógicas radicalmente diferentes;
- ni, de otra, tampoco puede afirmarse seriamente que el discurso punitivista sea una manifestación de la “democracia en acción”: esto es, que sea un reflejo fiel de las creencias generalizadas entre los integrantes del pueblo soberano. Pues, por el contrario, se ha demostrado también que el discurso punitivista tiene autores y causas (micro-sociales) bien determinadas, que no tienen que ver necesariamente con lo que la mayoría de los electores piensan (que, en sí mismo, es siempre ambiguo, complejo, contradictorio), sino con lo que se hace pasar (mediante una magistral manipulación ideológica) por tal (BECKETT, 1997, p. 15 ss.; BECKETT, SASSON, 2004, p. 45 ss.). De otra opinión, sin embargo, Enns (2014).

## 12 EL PUNITIVISMO Y LOS EXPERTOS: ¿POPULISMO PUNITIVO?

Siendo esto así, hay que volver –para finalizar– sobre la cuestión normativa: sobre la (siempre problemática) relación que debe existir entre expertos, opinión pública y soberanía popular (del Poder Legislativo) en el diseño y en la evaluación de las políticas criminales<sup>29</sup>.

En este sentido, parecería que el discurso punitivista es, asimismo, un discurso populista, en el sentido estricto en el que en ciencia política se emplea esta expresión: el populismo es un término político para designar corrientes heterogéneas, pero caracterizadas todas ellas por su aversión a las élites económicas e intelectuales, su denuncia de la corrupción política por parte de las clases privilegiadas y su constante apelación al “*Pueblo*”<sup>30</sup>. En el caso del

<sup>29</sup> Como más arriba he señalado, en el extremo, el discurso punitivista lindaría con la defensa de una “justicia popular”, entendida al modo del *Tribunal révolutionnaire* francés de 1793, también en el momento de la aplicación del Derecho y de las políticas criminales. No obstante, lo cierto es que tal extremo, en la realidad, nunca ha ido más allá de servir como fuente de una retórica inflamada y de críticas al funcionamiento de la justicia penal real. Retórica y críticas que, en la práctica, sirven más bien como armas en la lucha acerca de quién debe tener el poder de decisión, y con qué grado de autonomía, en los momentos del diseño y de la evaluación de las políticas criminales. Y que sólo de forma secundaria afectan a las prácticas de aplicación: alterando la cultura profesional de jueces, fiscales, funcionarios penitenciarios, etc., cambiando lo que consideran apropiado decidir, o no decidir, en el ejercicio de sus potestades discrecionales (SCHEINGOLD, 1991, p. 125 ss.; GREEN, 2008, p. 161-164; SIMON, 2011, p. 162 ss.). Mas –hasta ahora, al menos– no conocemos casos en los que, a corto plazo, tales críticas hayan sido capaces de transformar dicha cultura profesional de un modo radical.

<sup>30</sup> Afirma Savarino (2006, p. 83-85): “Todos los populismos apelan directamente al ‘pueblo’, fuera y por encima de cualquier forma de representación institucionalizada. El ‘pueblo’ del populismo es, obviamente, una abstracción, una idealización, que pretende referirse a la totalidad de la población, o más bien a aquella parte de la población que posee las características más nobles, auténticas y puras. [...] El pueblo, entonces, siempre es un concentrado de virtudes, el titular de un ‘sentido común’ perdido o amenazado. [...] Contiene, en efecto, la promesa de cortar la distancia entre ‘los de arriba’ y ‘los de abajo’

discurso punitivista, es también populista en la medida en que su retórica conlleva elementos de contraposición entre el (pretendido) “sano sentido común (punitivista) popular” y la forma “tramposa” (por alambicada y poco representativa) de los expertos.

De este modo, un elemento clave del discurso punitivista es la desconfianza y el desprecio, apenas disimulado, por la posibilidad de que los expertos, los profesionales puedan introducir filtros (basados en argumentaciones vistas como “tramposas”: las relativas a lo que es justo, razonable, eficaz,...) que manipulen y deformen la “voluntad popular” (ZIMRING, 1996, p. 253-255; ZIMRING; JOHNSON, 2006, p. 276-277; PRATT, 2007, p. 37 ss.; GREEN, 2008, p. 161-164). Esto, en términos prácticos (es decir, cuando se pasa de la retórica a la política), se traduce –a veces– en una pérdida de influencia de los expertos y de los profesionales sobre el diseño y la evaluación de las políticas criminales<sup>31</sup>.

Conviene, sin embargo, no perder de vista la realidad (más allá de los discursos): más que una marginación de los expertos y de los profesionales, lo que el discurso punitivista promueve es una transferencia de poder, entre distintos grupos de expertos. En concreto, promueve una transferencia de poder desde expertos independientes (en alguna medida) hacia expertos sujetos a la autoridad del Poder Ejecutivo.

---

[...] El pueblo homogéneo y orgánicamente unido retiene, supuestamente, el auténtico, indiscutible, fundamental derecho de soberanía política. Anterior a todo mecanismo institucional, toda fórmula legislativa y toda delegación representativa. [...] El populismo reivindica la ‘verdadera democracia’, la democracia en el sentido literal de la palabra: el poder político del pueblo. Sin mediaciones, sin delegados, sin la ‘trampa’ de la representancia.

<sup>31</sup> No me cansaré de insistir en que no es razonable tomar por su valor nominal los argumentos punitivistas: en la práctica, lo que se sustancia no es si los expertos y los profesionales van a influir sobre las políticas criminales (cosa que verdaderamente nadie pone seriamente en cuestión), sino cuánto; y, sobre todo, con qué grado de independencia respecto de los líderes políticos y de los grupos de presión.

Así, se transfiere poder de los expertos externos e independientes (investigadores, intelectuales, etc.) en favor de los funcionarios. Y, de entre estos, se transfiere poder de los jueces y tribunales hacia la policía y la Administración (SIMON, 2011, p. 143.). Es decir, lo que en la retórica aparece como una lucha (por el poder) entre expertos y “el pueblo”, en la práctica es más bien una lucha por apartar (lo más posible) a expertos y profesionales independientes de los procesos de toma de decisiones: a aquellos expertos y profesionales que son (más) independientes del poder político (de los partidos políticos, del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública).

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

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

### **13 CRÍTICA DEL DISCURSO TECNOCRÁTICO**

Las anteriores aclaraciones ayudan, me parece, a eludir una tentación que está siempre presente entre quienes –en tanto que teóricos– nos ocupamos de la problemática relación entre racionalidad

política-criminal y democracia: la tentación tecnocrática. Una tentación en la que algunos caen sin más, de forma abierta. Así, hay quien (como, muy señaladamente, Franklin E. Zimring) opina que la clave de los problemas de irracionalidad ocasionados por la expansión del discurso punitivista “de sentido común” estriba, precisamente, en el debilitamiento que dicho discurso viene ocasionando tanto en la libertad de los expertos para adoptar decisiones racionales y como en su aislamiento respecto de la lucha política democrática (necesariamente participativa, abierta al debate y a la propaganda –y a la demagogia...). Y que, por consiguiente, la solución pasaría por reforzar dicho aislamiento y dicha libertad: por distanciar, en suma, al pueblo de las decisiones político-criminales (ZIMRING, 1996, p. 255-256; ZIMRING, HAWKINS; KAMIN, 2001, p. 181 ss.; ZIMRING; JOHNSON, 2006, p. 278. En un sentido semejante parece inclinarse Brown (2016, p. 175 ss.).

La cuestión es, sin embargo, que tanto el análisis del problema como la solución que se propone para el mismo se revelan, en mi opinión, hartamente dudosos. En efecto, en primer lugar, hemos visto ya más arriba que, en realidad, el surgimiento y desarrollo del discurso punitivista no tiene tanto que ver con las creencias efectivas de los ciudadanos cuanto con ciertos fenómenos –eventuales, no necesarios– de la dinámica política en las democracias de masas: existencia de grupos de presión, papel de los medios de comunicación y de la industria cultural, relación entre líderes políticos, medios y electorado, etc.

Así pues, en tanto esta dinámica no se transforme sustancialmente, parece que la única solución para evitar que –a veces– se produzcan brotes de punitivismo sería eliminar por completo las cuestiones político-criminales del ámbito de lo decidible democráticamente. Un precio muy elevado, demasiado, que no deberíamos estar dispuestos a pagar.

En segundo lugar, creo que no se debe poner al mismo nivel

(como a veces parece hacer Zimring) el momento de la aplicación de la política criminal con los momentos de su diseño y/o evaluación. Pues pienso que la situación, desde el punto de vista valorativo, no es la misma. En concreto, me parece claro que el momento de la aplicación de las políticas criminales y del Derecho penal debe permanecer mucho más aislado de la presión de la opinión pública<sup>32</sup>, por la sencilla razón de que en él se sustancian cuestiones que afectan necesariamente a los derechos fundamentales de los ciudadanos (sospechosos, detenidos, imputados, acusados, penados... pero también de las víctimas, y a veces de terceros).

Y porque, justamente, los derechos deben actuar, y ser preservados, como –en famosas palabras de Ronald Dworkin– “triumfos” en manos de los individuos, para oponerlos a la voluntad de las mayorías (DWORKIN, 2008, p. 335-339). En cambio, en el momento del diseño y/o de la evaluación de las políticas criminales, lo que está en juego sobre todo son las cuestiones de la justicia y de la racionalidad instrumental de las decisiones sobre qué reprimir y cómo hacerlo. Aunque es posible –lo veremos a continuación– que la ciudadanía no tenga mucho que decir en relación con la segunda

---

<sup>32</sup> Todo cuanto sea posible. No obstante, hay que ser conscientes de que un aislamiento absoluto, esto es, una solución puramente técnica a los conflictos sociales que se plantean como problemas de seguridad (o como actos delictivos), es imposible (y no ha existido nunca). Pues, en todo caso, muchos de los actos y valoraciones que han de realizar los profesionales y expertos en la aplicación de la política criminal y del Derecho Penal resultan de naturaleza discrecional. Y allí donde hay discrecionalidad, penetran siempre, inevitablemente, los contenidos culturales, para orientar la acción del sujeto (del profesional): Green (2008, p. 275-277). Y, claro está, la penetración de contenidos culturales implica, a su vez, la penetración de algunas de las creencias existentes en la sociedad en la forma de pensar, y de actuar, de profesionales y expertos. En todo caso, es cierto también que la discrecionalidad permite un (relativo) aislamiento entre el sentido de lo justo y apropiado del profesional y el sentido de lo justo de la comunidad en el momento de los acontecimientos (ZIMRING; JOHNSON, 2006, p. 273). Y que tal aislamiento, en sede de aplicación de las políticas criminales y del Derecho, es una buena cosa, pues facilita la imparcialidad de la solución (uno de los componentes de la justicia): Zimring, Hawkins y Kamin (2001, p. 184); Brown (2016, p. 28 ss., 164 ss.).

de las cuestiones, es obvio que sí que lo tiene, y mucho, respecto de la primera.

Tanto o más –en tercer lugar– que los expertos: no sólo por razones (políticas) de representatividad y de soberanía<sup>33</sup>, sino también por razones de racionalidad<sup>34</sup>. Pues no es que los expertos sepan más y decidan mejor (sobre cuestiones de justicia) que la ciudadanía: lo que ocurre, simplemente, es que deciden empleando métodos y estilos diferentes.

En efecto, no creo que sea justo contraponer –como hace Zimring– el “puro poder” (arbitrario), propio del punitivismo “populista”, a la (pura) “razón”, propia del experto. Y ello, porque dicha contraposición se presenta, en tales términos, como si nunca hubiese existido Michel Foucault: esto es, como si a estas alturas fuese todavía posible ignorar (de un modo inocente, no cínico) las íntimas relaciones que existen entre las formas de saber y las formas de poder (FOUCAULT, 1968, p. 334 ss.; FOUCAULT, 1970, p. 304 ss.; FOUCAULT, 1973, *passim*, esp. p. 14 ss.; FOUCAULT, 1977, p. 109-125).

Que afirmar que una determinada acción es razonable y que, porque lo es, debe ser realizada (y no otra cualquiera), no constituye un ejercicio de razón pura, sino de racionalidad práctica, que siempre va unida (en cuanto a sus fundamentos, a su contexto y a sus consecuencias) a actos de poder. Que el experto (el experto que

<sup>33</sup> Que también. Pues 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...

<sup>34</sup> Racionalidad quiere decir, en este contexto (AUDI, 2002, p. 13 ss.): 1.º adoptar creencias únicamente sobre la base de razones (suficientes) para creer; 2.º realizar acciones únicamente sobre la base de razones (suficientes) para actuar de ese modo; 3.º mantener la coherencia entre las diversas creencias que se mantienen al mismo tiempo, evitando la contradicción entre ellas; 4.º mantener la coherencia (pragmática) entre las diversas acciones que se realizan al mismo tiempo (o en periodos de tiempo reducidos), evitando la contradicción entre ellas; y 5.º optimizar las razones para creer determinadas cosas y las razones para obrar de un determinado modo.

propone políticas), pues, no es tan sólo un teórico, sino (también) un tecnócrata: alguien que ejerce poder, sobre otros y conforme a una determinada lógica<sup>35</sup>.

Es cierto que la lógica del poder del tecnócrata es más racional que la del poder puramente soberano. O, por decirlo otra vez con Foucault: el poder puramente soberano es un poder orientado hacia la disciplina de los cuerpos a él sometidos (y, en el extremo, a darles la muerte: es un poder necropolítico) (MBEMBE, 2011, p. 17 ss., *passim*), que gira en torno al simbolismo<sup>36</sup>. Mientras que el poder del experto es un poder racionalizador, un poder orientado hacia el control y la gestión de la vida (un poder biopolítico, pues). Gestión

<sup>35</sup> Para las pruebas que sustentan esta afirmación, cfr. los análisis históricos de políticas criminales diseñadas por tecnócratas a espaldas de la ciudadanía (y críticas contundentes respecto del importante papel que han cumplido en la expansión ulterior del punitivismo) en el Reino Unido (en RYAN, 2003) y en los Estados Unidos de América (en GOTTSCHALK, 2006; MUHAMMAD, 2010; MURAKAWA, 2014; GOTTSCHALK, 2015; HINTON, 2016; McGIRR, 2016). La historia de los procesos legislativos y de diseño de políticas criminales españolas a lo largo de los últimos dos siglos está, en cambio (hasta donde alcanza mi conocimiento), sin hacer, a pesar de lo importante que resultaría para comprender bien la evolución producida.

<sup>36</sup> Laclau (2005, esp. p. 91 ss.), ha estudiado detenidamente (aunque sin referirse específicamente a nuestro tema) la manera en la que estas simbolizaciones se articulan y cobran relevancia política en una democracia de masas. No es de extrañar, por lo tanto, que dicha articulación (como cualquier discurso que se presenta como “popular” o “de sentido común”) adopte, en ocasiones, formas carnavalescas (BAJTIN, 1987, p. 10-16). Algo que estamos ya muy acostumbrados a contemplar, cuando de populismo punitivo se trata: oradores exagerados e incendiarios, eslóganes simplistas, propuestas aún más simples (“*three strikes and you’re out!*”)... Son los modos de expresión de lo (construido como) “popular”. No deberíamos, sin embargo, dejarnos enredar por nuestros propios prejuicios elitistas, e impresionar por formas tan desmesuradas. Porque, en el fondo, aunque con una estética más estrambótica, los crudos actos de poder en que el populismo punitivo se manifiesta en la práctica (no en los discursos) no resultan tan diferentes (aunque más llamativos, sin duda, más expresivos desde el punto de vista simbólico), ni necesariamente mucho peores (mucho más injustos), que los que las élites de expertos, al servicio de gobiernos, grupos de presión, etc., proponen, aplican y alaban. Advierte también, en un sentido similar, en contra de la crítica elitista y tecnocrática al punitivismo basada principalmente en sus formas estéticas, Rowan (2011).

de la vida que se esfuerza en economizar los recursos necesarios para ejercer el poder y en optimizar los resultados de dicho ejercicio (apoyándose para ello en el conocimiento) (FOUCAULT, 2003, p. 205 ss.). Ello, sin embargo, en nada garantiza que la decisión biopolítica del experto (sin duda, más racional desde el punto de vista instrumental, más económica) resulte necesariamente también más justa<sup>37</sup>.

Mi opinión, por consiguiente, es que es preciso intentar distinguir, en el ámbito del debate político-criminal (sobre el diseño y evaluación de políticas criminales, no sobre su aplicación a casos concretos) aquellas cuestiones que tienen más que ver con la justicia (con la moral y con la política, por lo tanto) de aquellas otras que tienen más que ver con la racionalidad instrumental (realizabilidad, eficacia, eficiencia)<sup>38</sup>. Que en relación las primeras es preciso reconocer sin

<sup>37</sup> Compárese, si no: ¿es acaso más injusta la imposición de medida de libertad vigilada, posterior al cumplimiento de la pena de prisión, al autor de un homicidio terrorista –ejemplo característico de Derecho Penal populista– o, más bien, lo es la tipificación como delito de terrorismo de la conducta del que –como reza el nuevo art. 575.2 CP– “acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista”, que no pretende ser un reclamo “popular”, sino que procede de una demanda de expertos, del grupo de presión interno constituido por los mandos policiales? Yo diría que, si hubiese que elegir, es mucho más injusta aún ésta que aquella.

<sup>38</sup> De distinguir qué aspectos de las políticas criminales pertenecen a uno y a otro ámbito me he ocupado en Paredes Castañón (2013). En síntesis, considero que son cuestiones de justicia: la determinación de qué bienes jurídicos merecen protección jurídica mediante prohibiciones y sanciones; la decisión acerca de qué conductas dañosas deben ser prohibidas y cuáles no (la decisión acerca de la fragmentariedad); la valoración de si en la prohibición de las conductas se respeta o no el principio de proporcionalidad; la valoración del papel de la privacidad como límite a la prohibición; la valoración sobre si la asignación de costes que conlleva la prohibición es o no justa; la fijación de los criterios básicos de imputación de infracciones; los criterios básicos acerca de la sancionabilidad y de la culpa de los autores de infracciones; y los criterios básicos acerca del merecimiento de la sanción. Y son cuestiones de racionalidad instrumental: la determinación de qué bienes jurídicos merecen protección mediante el Derecho

más que la autoridad<sup>39</sup> sobre las mismas debe corresponderle, en un régimen político (mínimamente) democrático, al soberano: esto es, al pueblo. (No al legislador. No directamente, al menos, sino, en todo caso, únicamente de forma indirecta, por delegación.

El matiz, como veremos a continuación, es importante.). Y que, por consiguiente, por lo que hace a las cuestiones de justicia, el papel del experto sólo puede y debe ser –a lo sumo– el de consejero, carente de cualquier poder de decisión (aunque no necesariamente de autoridad: no política, sino teórica).

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

## 14 CUESTIONES DE JUSTICIA

### 14.1 SOBERANÍA POPULAR Y DEBERES MORALES (DE JUSTICIA)

Como acabo de exponer, mi opinión es que no existe ninguna razón normativa que resulte convincente (si se aceptan los presupuestos mínimos de la justificación de la democracia como régimen político) para pretender sustraer al soberano las decisiones

---

Penal; la determinación de qué conductas son dañosas para los bienes jurídicos protegidos; la redacción de los concretos elementos típicos del supuesto de hecho de la norma prohibitiva; la factibilidad y coherencia de los objetivos de protección perseguidos; la factibilidad de los objetivos preventivos; la eficacia y la eficiencia de las prohibiciones; la eficacia y la eficiencia de los criterios de imputación; la eficacia y la eficiencia de las sanciones; y su régimen de ejecución.

<sup>39</sup> Un determinado sujeto posee autoridad en la medida en que otros sujetos le reconozcan el derecho a controlar los comportamientos ajenos: Arendt (1996); Rodríguez Martínez (1998, p. 48); Coleman (2011, p. 113 ss.).

acerca de qué política criminal es la más justa. De manera que en ningún caso me parece que pueda estar justificada una solución que pase por aislar tales decisiones de la soberanía popular.

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

Así, en primer lugar, afirmar que la autoridad para la definición de lo que es justo en materia político-criminal debe estar en manos del pueblo soberano no significa dar por buena sin más la tesis, diferente, de que lo que la mayoría de la opinión pública (determinada a través de algún medio empírico disponible) opine en cada momento, sobre qué delitos deben existir y qué sanciones debe haber para los mismos, es lo que debe plasmarse efectivamente en las políticas criminales y en la legislación. Y ello, porque en realidad no existe ninguna razón moral sólida que permita pasar del hecho de una opinión pública (determinada como) mayoritaria, en un momento y lugar dados, a la proposición normativa de que tal estado de opinión deba reflejarse directamente en las leyes<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Thomsen (2014) estudia con detenimiento los argumentos a favor de una teoría (normativa) de –lo que podríamos llamar– la “política criminal populista” (que, en su cuidadosa reconstrucción, tendría por tesis principal –loc. cit., p. 123– la de que “existe al menos una razón imparcial *prima facie* para penar de acuerdo con los sentimientos populares informados acerca de la potestad punitiva, y la fuerza de dicha razón será tanto mayor cuanto mayores sean la intensidad y la extensión de dichos sentimientos entre la ciudadanía”). Y concluye –convincientemente, en mi opinión– que en realidad el hecho de que una creencia acerca de cuál es la sanción justa que merece una determinada acción sea ampliamente compartida no añade nada, en lo esencial, al valor que tenga por sí misma tal creencia (loc. cit., p. 128-139). Robinson (2012, p. 42-48), en cambio, otorga prioridad al efecto de relegitimación de la política pública y de la norma jurídica que su coincidencia con los sentimientos populares puede llegar a producir. En mi opinión, sin embargo, dicho efecto (que, de todas formas, parece tener un

Por consiguiente, es importante distinguir, en este caso, cuidadosamente entre la cuestión fáctica y la cuestión normativa. Desde el punto de vista fáctico, es evidente que (así reza uno de los presupuestos básicos de la concepción positivista del Derecho) la norma jurídico-penal lo es (y, más en general, la política criminal constituye una política pública) en virtud de hechos, sociales, institucionales: del hecho de que ciertos órganos que gozan de autoridad reconocida para ello decidan, conforme a ciertos procedimientos, reconocer como –respectivamente– “Derecho” o “política pública” ciertas decisiones, con un determinado contenido normativo, y no otro.

En cambio, cuando se trata de determinar qué Derecho y qué política criminal tiene derecho (moral) el pueblo soberano a dictar, entonces la respuesta es la misma que le daríamos a un monarca o a un déspota: solamente una política y un Derecho justos; esto es, justos conforme a criterios intersubjetivamente aceptables y críticamente considerados.

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

O, expresado en otros términos<sup>41</sup>: el hecho de que una ley o una política tengan origen en la voluntad popular no exime a su autor –el pueblo soberano– de la obligación de justificar su decisión en términos morales. No le exime, al menos, si ese pueblo pretende ser justo, y no renuncia por principio a la pretensión de serlo. Es decir,

---

alcance muy limitado: como Thomsen señala (loc. cit., p. 135-138), la historia pasada y presente está llena de ejemplos de sociedades que han pensado que sus leyes y sus jueces eran demasiado benignas, sin que por ello hayan sufrido ni la legitimidad ni la eficacia), al ser puramente instrumental, no puede sustituir a la necesidad de una justificación moral, en términos de justicia.

<sup>41</sup> Los que utiliza Dzur (2014, p. 212 ss.), que me parecen particularmente apropiados para resaltar el componente moral de la tesis.

también en el caso de las entidades colectivas, la acción implica responsabilidad moral. Es preciso, pues, predicar la responsabilidad que el soberano adquiere cuando se actúa, a través de la política criminal, en su nombre. Y, al igual que en el caso de cualquier otra acción, cualquiera tiene derecho a pedir cuentas al pueblo, en nombre de los valores morales más importantes (señaladamente, el de justicia) por qué, cómo y con qué límites se administra represión y “justicia penal” en su nombre.

## 14.2 EL PODER SOBERANO (CONSTITUYENTE) Y EL PODER LEGISLATIVO

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

Así pues, la responsabilidad moral principal por las actuaciones concretas que se llevan a cabo en ejecución de una determinada política criminal no es (en primera instancia, cuando menos) del legislador (y menos aún de los jueces u otros aplicadores del Derecho): es del pueblo soberano, en cuyo nombre se legisla. Es a él a quien se puede y se debe imputar la responsabilidad, tanto de lo bueno como de lo malo, que de las políticas criminales resulte<sup>42</sup>.

A mi entender, esta idea no es baladí. Por el contrario, debe servir para dos cosas: primero, para transmitir un mensaje

---

<sup>42</sup> Por supuesto, dejo de lado ahora los (harto complejos) problemas de relación (representación) entre soberano y representantes, así como (de interpretación y aplicación) entre estos y los aplicadores del Derecho. Todo ello obligaría, sin duda alguna, a matizar –caso por caso– la idea de responsabilidad moral del soberano que en el texto se sostiene. Pero no creo que obligue a negarla en general.

que contribuya a educar a la ciudadanía, en sus responsabilidades y deberes (a mí, como ciudadano, me importa qué se hace en mi nombre); y segundo, para orientarnos a la hora de proponer medidas de diseño institucional. Pues, en efecto, creo que –como a continuación sugeriré– mucho se puede ganar en este sentido si se tiene claro que puede haber medidas de tal índole que favorezcan la conciencia popular acerca de dicha responsabilidad moral (y, consiguientemente, una administración más racional y prudente de la potestad punitiva), aunque ello signifique limitar ciertas potestades del Poder Legislativo. Para un demócrata radical (como quien suscribe), tal hecho no debería ser óbice (ROWAN, 2011, p. 54-57).

### 14.3 UN DISEÑO INSTITUCIONAL QUE FAVOREZCA LA JUSTICIA

Si se aceptan las tomas de posición acabadas de exponer, entonces los problemas que se plantean son los usuales en el ámbito de la ética pública: primero, el de elaborar principios y reglas morales que sean merecedoras de ser ampliamente compartidas por la ciudadanía; y, segundo, el de elaborar un diseño institucional que favorezca la aparición y la aplicación de tales reglas. Sobre la primera de las cuestiones, la de los criterios de justicia, nada diré aquí, puesto que es un tema hartamente complejo, del que además me he ocupado ya por extenso en ocasiones anteriores (PAREDES CASTAÑÓN, 2013, p. 89 ss.).

Sí quiero, en cambio, realizar alguna observación en relación con los problemas de diseño institucional. Ante todo, conviene llamar la atención sobre el hecho demostrado de que los mecanismos deliberativos (los reales, no los que se idean en las obras de los teóricos)<sup>43</sup> tienen dificultades importantes para preservar, en sus

---

<sup>43</sup> Tanto Rowan (2001, p. 51-54), como Waldron (2005, p. 111-113), señalan lo importante que es distinguir entre ambas categorías, pues en los procesos deliberativos reales (en la política real) la actitud de los participantes suele ser muy diferente a la que usualmente presuponen los modelos ideales de democracia deliberativa: persiguen intereses encontrados, no buscan el consenso a cualquier precio, etc.

discusiones, dos condiciones que, sin embargo, son básicas para lograr cualquier mínimo de justicia en una política pública o en una norma jurídica dada: la consistencia y la universalizabilidad de los criterios de justicia empleados. Así, en ausencia de condiciones correctoras, es probable que cualquier procedimiento deliberativo acabe por producir decisiones injustas, cuando menos por resultar contradictorias o por no ser imparciales (MATRAVERS, 2014, p. 45-48).

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

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

- promover la transparencia de los contenidos de los programas electorales, así como mecanismos de exigencia de rendición de cuentas acerca de su grado de cumplimiento (o incumplimiento);
- promover la creación de grupos de presión en favor de la reforma penal que anuden amplias alianzas a lo largo de todo el espectro social y político;
- introducir mecanismos de control de la actuación de los grupos de presión;
- promover y empoderar (dándoles voz) a los movimientos de personas afectadas por las políticas criminales punitivistas: de penados, de minorías étnicas, de inmigrantes, de barrios marginados, etc.;
- promover la educación popular sobre cuestiones criminales;
- promover la transparencia del procedimiento legislativo;

- promover procedimientos participativos y deliberativos con participación popular<sup>44</sup>;
- promover la regulación y el pluralismo (derecho de acceso, códigos de autorregulación, limitaciones en la propiedad, ética profesional, derechos de los periodistas, etc.) de los medios de comunicación.

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

En definitiva, mi propuesta de diseño institucional se basa en una hipótesis. Hipótesis que, como cualquier explicación sobre las causas de hechos (sociales), está aún pendiente de validación empírica. Y que, de ser cierta (de ser una parte relevante de la explicación del fenómeno del “populismo punitivo”), poseería implicaciones importantes también en el plano normativo: en la orientación de los movimientos que se oponen a dicha perniciosa tendencia. Mi hipótesis se apoya en la evidencia criminológica que establece que:

<sup>44</sup> Otra vez, mi opinión se distancia radicalmente de la de Zimring (1996, p. 255-256): yo no pienso que, en sí mismos, los mecanismos de democracia directa sean particularmente perniciosos en el ámbito de las cuestiones político-criminales. Lo que sí lo es, no obstante, es su utilización sesgada, en contextos en los que la democracia es antes formal que real: como es sabido, y no es casualidad, el referéndum es una herramienta política muy querida por los regímenes autoritarios. Pienso, sin embargo, que el problema no estriba en la institución misma del referéndum, sino en qué contexto institucional y político se emplee: sin pluralismo en el acceso a los medios de comunicación, sin que las voces disidentes o de los directamente afectados por las políticas punitivistas sean oídas, sin que exista igualdad de condiciones en el debate, etc., entonces, claro está, el referéndum es una muy mala y peligrosa herramienta... Claro que únicamente un poco peor –pero no mucho– que una decisión parlamentaria del mismo signo adoptada por una mayoría absoluta que –porque controla todos los resortes del poder político– ignora a la oposición y a cualquier voz discrepante...

a) no es cierto que la mayoría de la ciudadanía sea particularmente punitivista; b) las decisiones políticas y reformas legislativas que dan lugar a una expansión irracional del Derecho Penal obedecen inicialmente a procesos propios del sistema político (incluyendo los medios de comunicación) que a auténticas demandas sociales. Mi hipótesis reza, entonces, que el "populismo punitivo" ha de ser visto como la manifestación, en el ámbito de la política criminal, de la baja calidad de la democracia. Como una estrategia (más exactamente: como una confluencia de estrategias de diferentes actores –grupos de presión, líderes políticos, medios de comunicación...) a través de la cual se desvían las ansiedades existentes acerca de problemas reales graves e irresolubles, hacia problemas (inexistentes, o reales, pero menores) más simples (y, además, simplificados, al atribuir la responsabilidad por los mismos a ciertos sujetos –“folk devils”– y su solución a la incriminación) (BECKETT, 1997, p. 23 ss.; BECKETT; SASSON, 2004, p. 48 ss.; GOODE; BEN-YEHUDA, 2009, p. 121-127; SIMON, 2011, p. 27 ss.).

Una confluencia de estrategias que es casual, pero que se ve favorecida por las constricciones estructurales del sistema político: por las limitaciones a la participación democrática efectiva que hacen que un régimen representativo sea más elitista que participativo, por el hecho de que muchas voces y muchos intereses no tienen la oportunidad de acceder efectivamente, y en igualdad de condiciones, a la esfera pública (ROWAN, 2011, p. 51-54), por lo que sólo algunas –justamente, las de los promotores del punitivismo– se oirán con (mayor) claridad (GOODE; BEN-YEHUDA, 2009, p. 121-127).

Y predigo, entonces, que cuanto más baja sea dicha calidad (menos próximos estemos a una “democracia real”: una en la que la ciudadanía tiene oportunidades efectivas, frecuentes e igualitarias de participación en la adopción de decisiones políticas, y en la que sus representantes efectivamente adoptan actitud de tales, intentando representar lo más fielmente posible las ideas y creencias de quienes se supone que representan –limitándose, pues, en ambos aspectos,

la incidencia de los poderes sociales no elegidos), mayor es la probabilidad de derivas punitivistas en la praxis político-criminal de los estados contemporáneos.

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

Y, si es cierto, entonces la lucha en contra del “populismo punitivo” debería añadir, a los argumentos más usuales, atinentes a la inmoralidad e ineficacia de dichas soluciones, argumentos de índole puramente política. Poniendo en cuestión el modo (poco participativo) en que tienen lugar los procesos de toma de decisiones en materia político-criminal, por más que se pretendan recubrir el manto del “apoyo popular”<sup>45</sup> (PAREDES CASTAÑÓN, 2014).

<sup>45</sup> Un ejemplo del cambio de enfoque que propongo, aplicado al caso español: desde 1989 viene funcionando en España el Grupo de Estudios de Política Criminal (primero como grupo informal, luego como asociación). Este Grupo –del que formo parte– está constituido por penalistas (profesores, jueces y fiscales) y viene dedicándose a intentar influir (elaborando y difundiendo propuestas político-criminales alternativas de tinte crítico y progresista) sobre los legisladores, en un sentido netamente garantista, antipunitivista y racionalizador. Es decir, sigue atado, en buena medida, a la idea del experto como “consejero de príncipes”, como alguien que se concentra en influir directamente sobre quienes adoptan las decisiones político-criminales más básicas (los parlamentarios y el Gobierno). Pues bien, en mi opinión, una estrategia antipunitivista efectiva, en una sociedad democrática de masas, debería, sin abandonar dicha labor de influencia directa sobre los poderes ejecutivo y legislativo, adoptar una perspectiva más amplia: aspirando a influir no sólo sobre los representantes, sino también, y sobre todo, directamente sobre el soberano, sobre el pueblo, sobre el electorado. Obviamente, ello conlleva importantes implicaciones sobre la forma de organizarse, de trabajar, de presentarse al exterior, de entablar alianzas, etc.

## 15 CUESTIONES DE RACIONALIDAD INSTRUMENTAL

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

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

Más aún, quiero destacar que justamente quienes estamos más descontentos con la calidad democrática de los regímenes políticos que soportamos deberíamos ser los primeros interesados en que tal género de racionalidad instrumental se imponga (siempre que no se llegue al extremo de implantar un modelo tecnocrático). Pues

deberíamos ser conscientes de que allí donde no llega la autoridad del experto no es que ésta vaya a ser sustituida por una decisión democrática razonable, sino que lo más probable es que lo sea por influencias de grupos de presión con finalidades poco confesables, y/o por manipulaciones electoralistas de líderes y partidos políticos.

Si aceptamos este punto de partida (y no veo cómo podría ponerse en cuestión)<sup>46</sup>, entonces las cuestiones que hay que resolver son, según creo, dos. En primer lugar, es preciso acotar cuidadosamente el ámbito de intervención autoritaria de los expertos, con el fin de evitar la tentación tecnocrática, más arriba señalada. Justamente, acabo de realizar una propuesta de acotamiento en ese sentido: en mi opinión, únicamente sobre los temas más arriba mencionados debería otorgarse autoridad a los expertos<sup>47</sup>. (Sobre todos los demás, como he apuntado más arriba, el experto podría actuar, a lo sumo, como asesor, carente de autoridad... cuando no como un ciudadano más.)

En segundo lugar, hay que hallar las vías, en el diseño institucional de los procedimientos de toma de decisiones en materia político-criminal, para que el conocimiento experto pueda ser hecho valer. En este sentido, sugiero que dichas vías principales podrían ser las tres siguientes.

---

<sup>46</sup> Por supuesto, en pura teoría es posible discutirlo: es posible proponer una democracia puramente voluntarista, que decida por pura mayoría, sin razones para ello. Sin embargo, me parece que, en la práctica, en la realidad de nuestro sistema político, existen innumerables razones (constitucionales, políticas, morales, económicas, etc.) por las que dicha hipótesis teórica resulta descartable (además de indeseable).

<sup>47</sup> Autoridad, en atención a sus conocimientos teóricos sobre ciertas materias (Criminología, Derecho, Psicología, Sociología, etc.) y a su capacidad para aplicarlos en la elaboración de dichas facetas de las políticas criminales. Por supuesto, en un régimen democrático, cualquier autoridad, también la de los expertos, debe estar controlada: a través de procedimientos abiertos, participativos y transparentes de designación, mediante la fijación de protocolos de actuación y estableciendo también mecanismos para que los expertos rindan cuenta de su labor y se sometan, así, a la eventual crítica que puedan recibir de la ciudadanía por lo realizado o no realizado (FUNG, 2006).

## 15.1 RACIONALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO (Y PRE-LEGISLATIVO)

Existe ya un importante cuerpo de investigaciones acerca de cómo tienen lugar en la práctica los procesos de toma de decisiones que dan lugar a las políticas públicas (incluyendo entre ellas los procesos de redacción y aprobación de normas jurídicas, pero no sólo), así como sobre los modos de mejorar la racionalidad –la calidad, en suma– de tales procedimientos.

A este respecto, no creo que tenga yo nada particularmente relevante que añadir, excepto reclamar también que tales medidas de mejora se pongan en práctica, y se vuelvan obligatorias. Medidas como la evaluación de costes de las acciones que se proponen, la evaluación de su eficacia, de su rentabilidad, examen empírico de los daños efectivamente producidos por las conductas antisociales, análisis cuidadoso de las estadísticas criminales y de las encuestas de victimización, etc., parecen todas ellas imprescindibles<sup>48</sup>. Y cualquier movimiento en contra del punitivismo debería hacer de las mismas una de sus banderas de batalla.

## 15.2 AGENCIAS REGULADORAS INDEPENDIENTES

En segundo lugar, creo que es interesante explorar una posibilidad que ha sido sugerida por Franklin E. Zimring, que es la de crear, también para el asunto de la política criminal<sup>49</sup>, una agencia reguladora independiente que asuma competencias en aquella parte del diseño de las políticas (y de la evaluación de las mismas) que

---

<sup>48</sup> Cfr., al respecto, por todos, Moran, Rein y Goodin (2006, esp. p. 207 ss.); Garrido Mayol (2010, esp. p. 102 ss.); Becerra Muñoz (2013, esp. p. 263 ss.); Arana García (2015, *passim*; Nieto Martín, Muñoz de Morales Romero y Becerra Muñoz (2016, *passim*), todos ellos con ulteriores referencias.

<sup>49</sup> Puesto que la técnica de recurrir a agencias reguladoras independientes es actualmente ya muy habitual en otros ámbitos, como en de la regulación de la actividad económica, o de otras actividades del propio Estado.

posee naturaleza técnica, relativa a la racionalidad instrumental<sup>50</sup>.

La técnica de crear agencias reguladoras independientes para gestionar determinadas áreas de las políticas públicas (o aspectos de las mismas) nació como un arreglo institucional que pretende evitar tres fenómenos habituales en el casos de decisiones adoptadas en el medio político: la inconsistencia (decisiones que no siguen un curso único y coherente), la incertidumbre política (con la probabilidad de que haya bandazos en el sentido de las decisiones) y la vulnerabilidad a la presión (GILARDI, 2008, p. 28 ss.; VELJANOVSKI, 2010, *passim*; FEINTUCK, 2010, *passim*; GÁMIR CASARES; DURÁ JUEZ, 2013, p. 101 ss.).

La agencia reguladora independiente, en cambio, si el marco regulatorio está bien diseñado, se ocupa de darle cumplimiento, con (relativa) independencia de la voluntad de los líderes y partidos políticos, así como de la ciudadanía y de la opinión pública.

Es evidente que, empleada de modo generalizado, la técnica de las agencias reguladoras independientes como organismos competentes para la elaboración de las políticas públicas acaba por chocar frontalmente con las exigencias de la democracia (especialmente, de la democracia participativa). Sin embargo, ello sólo ocurrirá si (HOOD; SCOTT; JAMES; JONES; TRAVERS, 1999, p. 210 ss.; BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012, p. 25 ss.): 1º) se atribuyen a las agencias reguladoras no sólo funciones relativas a una parte, la técnica, de dichas políticas, sino el diseño integral de las mismas (Cfr., al respecto, LODGE; STIRTON, 2010, *passim*); y 2º) no se establece correctamente (y con las limitaciones oportunas) el marco regulatorio (Cfr., al respecto, SCOTT, 2010, *passim*).

---

<sup>50</sup> Zimring, Hawkins y Kamin (2001, p. 203-215, 228-231). No obstante, en su caso, la propuesta que realizan posee unos matices extremos (al pretender atribuir a dicha agencia prácticamente la totalidad del diseño de las políticas criminales), que son coherentes con su concepción tecnocrática de la política criminal, pero que yo no comparto.

Por el contrario, en mi opinión, si se respetan los dos límites acabados de exponer, esta clase de arreglo institucional parece particularmente idóneo para asumir la responsabilidad para el diseño y evaluación de aquellas partes de las políticas criminales que tienen que ver con la racionalidad instrumental (las más arriba indicadas). Pues, en efecto, si necesitamos imbuir el proceso de elaboración de las políticas criminales de racionalidad, queremos asegurar que la racionalidad instrumental es uno de los componentes de las mismas, el recurso a la creación de una(s) agencia(s) reguladora(s) independiente(s) que se encargue(n) de tales funciones parece particularmente pertinente.

En el diseño institucional que estoy proponiendo (a modo simplemente de esbozo, que exigiría un mayor desarrollo y detalle ulterior), sería preciso distinguir entre aquellos aspectos de las políticas criminales que deben ser fijados por el Poder Legislativo y aquellos otros que no, que deberían quedar a cargo de una agencia reguladora independiente que los desarrolle. Obsérvese, en todo caso, que ahora no se trata ya tan sólo de mejorar el procedimiento de elaboración de políticas (sobre ello versaba el apartado anterior): se trata además de transferir ciertas competencias normativas y de definición de políticas, actualmente en manos del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, a una agencia independiente, que las ejercería con autonomía (aunque dentro de un determinado marco regulatorio fijado por aquellos poderes).

En concreto, esta forma de arreglo institucional me parece especialmente sugestiva a la hora de encarar las cuestiones relativas a la individualización de la pena y a su ejecución (recuérdese, de todas formas, que estamos hablando todo el tiempo de políticas, no de la aplicación a casos concretos). Y ello, porque sólo de esta manera será posible promover la puesta en práctica de criterios de actuación definidos técnicamente desde la Penología, que actualmente ni el parlamento ni la Administración penitenciaria suelen tener particular interés en tomar en consideración.

Desde luego, en realidad no se trata de una novedad absoluta, sino que lo que se está proponiendo es importar y adaptar (fijándole límites, por razones de seguridad jurídica, pero también de respeto al principio democrático) la técnica de las *sentencing guidelines*, hondamente implantada en el mundo jurídico anglosajón. Que, en mi propuesta, serían unas directrices de individualización de la pena y otras diferentes para la ejecución de cada una de las penas existentes en el ordenamiento.

Mi propuesta, por consiguiente, sería que se estudiase tal posibilidad. Y que, en su caso, se incorporase al programa del movimiento antipunitivista, pues creo que puede rendir extraordinarios resultados, para asegurar –en la medida de lo posible– la racionalidad instrumental de las sanciones finalmente impuestas.

### 15.3 EXPANSIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD

También comparto con Franklin E. Zimring la simpatía hacia la discrecionalidad, como técnica para confiar en manos de los expertos y de sus culturas profesionales aquella parte de las decisiones político-criminales que tenga que ver con su racionalidad instrumental<sup>51</sup>. Pues, en efecto, en las condiciones oportunas (que a continuación se expondrán), la discrecionalidad es una herramienta potente para adecuar a las exigencias de racionalidad instrumental las soluciones que se adopten por parte de la justicia penal (y por otros organismos con competencias en materia de gobernanza de la desviación social y de la seguridad: policía, etc.).

Por supuesto, soy consciente de dos problemas de la discrecionalidad. El primero es que hay que asegurar unos niveles

---

<sup>51</sup> Zimring, Hawkins y Kamin (2001, p. 184-187, 212-215); Zimring y Johnson (2006, p. 275-276). De nuevo, la propuesta de Zimring es más radical que la mía, más tecnocrática: donde yo limito el ámbito de la discrecionalidad en materia penal a las cuestiones de racionalidad instrumental, él, por su parte, pretende extenderlo a cuestiones de cualquier índole.

mínimos aceptables de seguridad jurídica y de igualdad. Ello, sin embargo, no creo que sea una gran dificultad, puesto que es perfectamente posible diseñar políticas y regulaciones legales que respeten escrupulosamente los derechos de los afectados y la interdicción de la arbitrariedad y que concedan, no obstante, amplio margen para la decisión discrecional de los organismos competentes para decidir.

El segundo de los problemas es uno, otra vez, de diseño institucional: la discrecionalidad sólo promoverá la racionalidad instrumental si los organismos y el personal competente para adoptar decisiones independientes opera dentro de un marco regulatorio adecuado<sup>52</sup>, está suficientemente capacitado, cuenta con recursos para realizar bien su trabajo, goza de la suficiente autonomía para llevarlo a cabo y, al tiempo, está sometido a un procedimiento de rendición de cuentas eficaz, que impidan actuaciones arbitrarias.

Esto significa, en definitiva, que muchas cosas deberían ser cambiadas, en la organización de la Administración de Justicia penal, para que la potenciación de la discrecionalidad pudiera funcionar bien: en la formación del personal, en los recursos disponibles, en los procedimientos de rendición de cuentas, en la autonomía respecto del Poder Ejecutivo (en el caso de la Administración penitenciaria), etc. Un cambio, en definitiva, en el conjunto de la cultura organizativa de nuestra justicia penal. Mas todo el lo no constituye, me parece a mí, ningún argumento serio en contra de la necesidad de proponer un cambio, que por muchas razones debería ser considerado imprescindible.

---

<sup>52</sup> Justamente, la existencia de agencias reguladoras como las que más arriba he propuesto, y de directrices procedentes de ellas, debería asegurar el suficiente grado de homogeneidad de las actuaciones discrecionales que se lleven a cabo.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio. **¿Qué es un dispositivo?** Seguido de: El amigo, y de: La Iglesia y el Reino. Traducido por M. Ruvitoso. Barcelona: Anagrama, 2015.
- ARANA GARCÍA, Estanislao (Dtor.). **Algunos problemas actuales de técnica legislativa.** Pamplona: Aranzadi, 2015.
- ARENDT, Hannah. ¿Qué es la autoridad? En: ARENDT, Hannah. **Entre el pasado y el futuro.** Traducido por A. Poljak. Barcelona: Península, 1996. p. 101 ss.
- ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA. **La sociedad española frente a su sistema penal.** Sevilla, 2015.
- AUDI, Robert. **The architecture of reason: the structure and substance of rationality.** Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BAJTIN, Mijail. **La cultura popular en la edad media y en el renacimiento.** Traducido por J. Forcat; C. Conroy. Madrid: Alianza, 1987. (reimpr. 2003).
- BARKER, Vanessa. **The politics of imprisonment.** Oxford/ New York: Oxford University Press, 2009.
- BECERRA MUÑOZ, José. **La toma de decisiones en política criminal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- BECKER, Howard S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance.** New York: The Free Press, 1961.
- BECKETT, Katherine. **Making crime pay.** New York: Oxford University Press, 1997.
- BECKETT, Katherine; SASSON, Theodore. **The politics of injustice,** 2. ed. Thousand Oaks: Sage, 2004.
- BRAITHWAITE, John. **Regulatory capitalism.** Cheltenham: Edward Elgar, 2008.

BRAITHWAITE, John. The new regulatory state and the transformation of Criminology. En: **British Journal of Criminology**, London, Ed. Centre for Crime and Justice Studie, n.º 40, p. 222-238, 2000.

BRAITHWAITE, John. What's wrong with the sociology of punishment? En: **Theoretical Criminology**, London, Ed. Sage, n.º 7, p. 5-28, 2003.

BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. **Global business regulation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **El gobierno de la penalidad**: la complejidad de la política criminal contemporánea. Madrid: Dykinson, 2014.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Comares, 2007.

BROWN, Darryl K. **Free market criminal justice**. Oxford/ New York: Oxford University Press, 2016.

CASTRO NOGUEIRA, Luis; CASTRO NOGUEIRA, Miguel Ángel; NAVARRO, Julián. **Metodología de las ciencias sociales**: una introducción crítica. Madrid: Tecnos, 2005

COLEMAN, James S. **Fundamentos de teoría social**. Traducido por C. Berenguer; O. Carbonell; M. T. Casado. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2011.

DAVEY, Joseph Dillon. **The politics of prison expansion**. Westport: Praeger, 1998.

DE GIORGI, Alessandro. **El gobierno de la excedencia**. Traducido por José Ángel Brandariz García y Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.

DE GIORGI, Alessandro. **Tolerancia cero**. Traducido por I. Rivera; M. Monclús. Barcelona: Virus, 2005.

- DEAN, Mitchell M. **Governmentality**: power and rule in modern society. Thousand Oaks: Sage, 1999.
- DELEUZE, Gilles. Deseo y placer. Traducido por Javier Sáez. En: **Archipiélago, Cuadernos de Crítica de La Cultura**, n.º 23. 1995. p. 12 ss.
- DELEUZE, Gilles. ¿Qué es un dispositivo? En: BALBIER, E. et al. **Michel Foucault, filósofo**. Traducido por A. L. Bixio. Barcelona: Gedisa, 1990. p. 155 ss.
- DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. En: KAVANAGH, Aileen; OBERDIEK, John (Ed.). **Arguing about law**. Oxford: Routledge, 2008. p. 335 ss.
- DZUR, Albert W. Repellent institutions and the absentee public: grounding opinion in responsibility for punishment. En: RYBERG, Jesper; ROBERTS, Julian V. (Eds.). **Popular punishment: on the normative significance of public opinion**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 204 ss.
- ELSTER, Jon. **Explaining social behavior**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- ELSTER, Jon. **Lógica y sociedad**. Traducido por M. N. Mizraji. Barcelona: Gedisa, 1994.
- ELSTER, Jon. **Tuercas y tornillos**. Traducido por A. Bonanno. Barcelona: Gedisa, 1996.
- ENNS, Peter K. The Public's increasing punitiveness and its influence on mass incarceration in the United States. En: **American Journal of Political Science**, Ithaca, New York, Ed. Center for the Study of Inequality, Cornell University, n.º 58, p. 857-872, 2014.
- ERICSON, Richard V.; BARANEK, Patricia M.; CHAN, Janet B. L. **Representing order**: crime, law, and justice in the news media. Toronto: University of Toronto Press, 1991.
- FEINTUCK, Mike. Regulatory rationales beyond the economic: in search of the public interest. En: BALDWIN, Robert; CAVE,

Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 39 ss.

FOUCAULT, Michel. **El juego de Michel Foucault**. En: FOUCAULT, Michel. **Saber y verdad**. Traducido por J. Varela y F. Álvarez-Uría. Madrid: La Piqueta, 1985. p. 127 ss.

FOUCAULT, Michel. **El orden del discurso**. Traducido por A. González Troyano. Barcelona: Tusquets, 1973.

FOUCAULT, Michel. **Hay que defender la sociedad**. Traducido por H. Pons. Madrid: Akal, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Historia de la sexualidad, I: la voluntad del saber**. Traducido por U. Guiñazú. Buenos Aires: Siglo XXI, 1977.

FOUCAULT, Michel. **La arqueología del saber**. Traducido por A. Garzón del Camino. México: Siglo XIX, 1970.

FOUCAULT, Michel. La “gubernamentalidad”. En: FOUCAULT, Michel. **Obras esenciales, III: estética, ética y hermenéutica**. Barcelona: Paidós, 1999. p. 175 ss. GABILONDO, A. (Ed).

FOUCAULT, Michel. **Las palabras y las cosas**. Traducido por E. C. Frost. Buenos Aires: Siglo XXI, 1968.

FOUCAULT, Michel. **Seguridad, territorio, población**. Traducido por H. Pons. Madrid: Akal, 2008.

FUNG, Archo. Democratizing the policy process. En: MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert E. (Ed.). **The Oxford handbook of public policy**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 669 ss.

GÁMIR CASARES, Luis; DURÁ JUEZ, Pedro. **La economía de las agencias reguladoras**. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2013.

GAMSON, William A. **Talking politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCCELLS I LLADÓS, Joan; PERES-NETO, Luiz. **Malas noticias**: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

GARLAND, David. 'Governmentality' and the problem of crime. En: SMANDYCH, Russell (Ed.). **Governable places**: readings on criminality and crime control. Aldershot: Ashgate, 1999. p. 15 ss.

GARLAND, David. **La cultura del control**. Traducido por M. Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GARRIDO MAYOL, Vicente. **Las garantías del procedimiento prelegislativo**: la elaboración y aprobación de los proyectos de ley. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

GILARDI, Fabrizio. **Delegation in the regulatory state**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.

GOODE, Erich; BEN-YEHUDA, Nachman. **Moral panics**: the social construction of deviance. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2009.

GOTTSCHALK, Marie. **Caught**: the prison state and the lockdown of american politics. Princeton: Princeton University Press, 2015.

GOTTSCHALK, Marie. **The prison and the gallows**: the politics of mass incarceration in America. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GREEN, David A. **When children kill children**: penal populism and political culture. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HALL, Stuart; CRITCHER, Chas; JEFFERSON, Tony; CLARKE, John; ROBERTS, Brian. **Policing the crisis**: mugging, the state and law and order. London: MacMillan, Basingstoke, 1978.

HINTON, Elizabeth. **From the war on poverty to the war on crime**. Cambridge/ London: Harvard University Press, 2016.

HOBBS, Thomas. **Leviatán o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil.** (1651). Madrid: Alianza, 1989.

HOOD, Christopher; SCOTT, Colin; JAMES, Oliver; JONES, George; TRAVERS, Tony. **Regulation inside government.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

JEWKES, Yvonne. **Media & crime.** 3. ed. London: Sage, 2015.

JOHNSTON, Les; SHEARING, Clifford. **Governing security.** Oxford: Routledge, 2003.

KESSLER, Gabriel. **El sentimiento de inseguridad: sociología del miedo al delito.** Buenos Aires: Siglo XXI, 2009.

KOOIMAN, Jan. **Governing as governance.** Thousand Oaks: Sage, 2003.

LACEY, Nicola. **The prisoners' dilemma: political economy and punishment in contemporary democracies.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LACLAU, Ernesto. **La razón populista.** Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2005.

LODGE, Martin; STIRTON, Lindsay. **Accountability in the regulatory state.** En: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation.* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 349 ss.

MAQUIAVELO, Nicolás. **Discursos sobre la primera década de Tito Livio.** Madrid: Alianza, 1987.

MAQUIAVELO, Nicolás. **El príncipe.** Comentado por Napoleón Bonaparte. Seguido de Antimaquiavelo, de Federico II, corregido por Voltaire. Madrid: Ibéricas, 1971.

MATRAVERS, Matt. Proportionality theory and popular opinion. En: RYBERG, Jesper; ROBERTS, Julian V. (Ed.). **Popular punishment: on the normative significance of public opinion.** Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 33 ss.

MAYR, Andrea; MACHIN, David. **The language of crime and deviance**. London/ New York; Continuum, 2012.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. Seguido de: Sobre el gobierno privado indirecto. Traducido por E. Falomir Archambault. Santa Cruz de Tenerife: Melusina, 2011.

McCOMBS, Maxwell. **Estableciendo la agenda**: el impacto de los medios en la opinión pública y en el conocimiento. Traducido por O. Fontrodona. Barcelona: Paidós, 2006.

McGIRR, Lisa. **The war on alcohol**: prohibition and the rise of the American State. New York: Norton, 2016.

MERTON, Robert King. **Teoría y estructura sociales**. Traducido por Florentino M. Torner y Rufina Borques. 4. ed. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002.

MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert E. (Ed.). **The Oxford handbook of public policy**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MUHAMMAD, Khalil Gibran. **The condemnation of blackness**: race, crime, and the making of modern urban America. Cambridge/ London: Harvard University Press, 2010.

MURAKAWA, Naomi. **The first civil right**: how liberals built prison America. Oxford/ New York: Oxford University Press, 2014.

NIETO MARTÍN, Adán; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta; BECERRA MUÑOZ, José (Dtores.). **Hacia una evaluación racional de las leyes penales**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

O'MALLEY, Pat. Neoliberalism, crime and criminal justice. En: Sydney Law School Research Paper, Sidney, Ed. The University of Sydney Law School, n.º 16/10. 2016. Disponible en: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2729627](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2729627)>.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. **La justificación de las leyes penales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. “Populismo punitivo” y “democracia real”: una hipótesis empírica. En: Trazos de Aprendizaje y Experiencia. Disponible en: <<http://josemanuelparedes.blogspot.com.es/2014/07/populismo-punitivo-y-democracia-real.html>>. 23 julio 2014.

PRATT, John. **Penal populism**. Oxford: Routledge, 2007.

RANCIÈRE, Jacques. **El desacuerdo**. Traducido por H. Pons. Buenos Aires: Nueva Visión, 1996.

ROBERTS, Julian V.; HOUGH, Mike. **Understanding public attitudes to criminal justice**. Berkshire: Open University Press, 2005.

ROBERTS, Julian V.; STALANS, Loretta J.; INDERMAUR, David; HOUGH, Mike. **Penal populism and public opinion**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ROBINSON, Paul H. El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena. Traducido por V. Valiente Ivañez. En: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dtores.). **Constitución y sistema penal**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 41 ss.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Javier. Autoridad (tipos de). En: GINER, Salvador; LAMO DE ESPINOSA, Emilio; TORRES, Cristóbal (Ed.). **Diccionario de sociología**. Madrid: Alianza, 1998. p. 48 s.

ROEDER, Oliver; EISEN, Lauren-Brooke; BOWLING, Julia. **What caused the crime decline?** New York: Brennan Center for Justice, 2015.

ROWAN, Mike. Democracy and punishment: a radical view. En: **Theoretical Criminology**, London, Ed. Sage, n.º 16, p. 43-62, 2011.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Pena y estructura social**. Traducido por E. García Méndez. Bogotá: Temis, 1984.

RYAN, Mick. **Penal policy and political culture in England and Wales**. Winchester: Waterside, 2003.

SASSON, Theodore. **Crime talk**. New York: Walter De Gruyter, 1995.

SAVARINO, Franco. Populismo: perspectivas europeas y latinoamericanas. En: **Espiral: Estudios sobre Estado y Sociedad**, v. XIII, n.º 37, p. 77-94, septiembre / diciembre 2006.

SAVELSBERG, Joachim J. Knowledge, domination, and criminal punishment. En: **American Journal of Sociology**, Chicago, The University of Chicago Press, v. 99, n.º 4, p. 911-943, January 1994.

SCHEINGOLD, Stuart A. **The politics of law and order**. New York: Longman, 1984.

SCHEINGOLD, Stuart A. **The politics of street crime**. Philadelphia: Temple University Press, 1991.

SCHMITT, Carl. **El concepto de lo político**. Traducido por R. Agapit. Madrid: Alianza, 1991. (reimpr. 2002).

SCOTT, Colin. Standard-setting in regulatory regimes. En: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 104 ss.

SHEARING, Clifford; WOOD, Jennifer. **Pensar la seguridad**. Barcelona: Gedisa, 2011.

SIMON, Jonathan. **Gobernar a través del delito**. Traducido por V. A. Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011.

SOTO NAVARRO, Susana. La delincuencia en la agenda mediática. En: **Revista Española de Investigaciones Sociológicas**, Madrid, Ed. Centro de Investigaciones Sociológicas, n.º 112, p. 75-130, 2005.

SURETTE, Ray. **Media, crime and criminal justice**. 4. ed. Belmont: Wadsworth, 2011.

THOMSEN, Frej K. Why should we care what the public thinks?: a critical assessment of the claims of popular punishment.

En: RYBERG, Jesper; ROBERTS, Julian V. (Ed.). **Popular punishment: on the normative significance of public opinion.**

Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 119 ss.

VARONA GÓMEZ, Daniel. Medios de comunicación y punitivismo. En: **Indret, Revista para el Analisis del Derecho**, Barcelona, Ed. Universidad Pompeu Fabra, n.º 1, 2011.

VARONA GÓMEZ, Daniel. ¿Somos los españoles punitivos?: actitudes punitivas y reforma penal en España. En: **Indret, Revista para el Analisis del Derecho**, Barcelona, Ed. Universidad Pompeu Fabra, n.º 1, 2009.

VARONA GOMEZ, Daniel; GABARRÓN, Norman. El tratamiento mediático de la violencia de género en España (2000-2012): agenda setting y agenda building. En: **Indret, Revista para el Analisis del Derecho**, Barcelona, Ed. Universidad Pompeu Fabra, n.º 2, 2015.

VELJANOVSKI, Cento. Economic approaches to regulation. En: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation.** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 17 ss.

VILA VIÑAS, David. **La gobernabilidad más allá de Foucault.** Zaragoza: Ed. Universidad de Zaragoza, 2014.

VON WRIGHT, Georg Henrik. **Explicación y comprensión.** Traducido por L. Vega Reñón. Madrid: Alianza, 1979.

WACQUANT, Loïc. **Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social.** Traducido por M. Polo. Barcelona: Gedisa, 2010a.

WACQUANT, Loïc. **Las cárceles de la miseria.** Traducido por H. Pons. Madrid: Alianza, 2001.

WACQUANT, Loïc. **Las dos caras de un gueto: ensayos sobre marginalización y penalización.** Traducido por Marcos Mayer;

Bertrand Borgo Sallabardenne; Moisés Silva; María Gabriela Ubaldini; Julia Varela. Madrid: Siglo XXI, 2010b.

WAITON, Stuart. **The politics of antisocial behavior**. New York: Routledge, 2008.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Traducido por J. L. Martí; A. Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

ZIMRING, Franklin E. Populism, democratic government, and the decline of expert authority: some reflections on three strikes in California. En: **Pacific Law Journal**, Sacramento, San Francisco, Ed. University of the Pacific, n.º 28, p. 243-256, 1996.

ZIMRING, Franklin E.; HAWKINS, Gordon; KAMIN, Sam. **Punishment and democracy**. New York: Oxford University Press, 2001.

ZIMRING, Franklin E.; JOHNSON, David T. Public opinion and the governance of punishment in democratic political systems. En: **Annals of the American Academy of Political and Social Science**, New York, Michigan, Ed. JSTOR, v. 605, p. 266-280, may 2006.

ZULOAGA LOJO, Lohitzune. **El espejismo de la seguridad ciudadana**. Madrid: Libros de la Catarata, 2014.

*Recebido em: 17/1/2021*  
*Aprovado em: 22/4/2021*