

¡ES LA INTERACCIÓN, NO UNA CARACTERÍSTICA ESPECÍFICA! UNA TEORÍA PLURALISTA DE LA ESPECIFICIDAD DEL DERECHO PENAL

JAVIER WILENMANN VON BERNATH
Universidad Adolfo Ibáñez

RESUMEN: El artículo defiende una teoría interactiva de la especificidad del derecho penal. Sostiene que el comportamiento distintivo del derecho penal se puede vincular a la interacción de cinco rasgos: es una práctica institucional administrada por una burocracia grande y especializada, desempeña un papel sustancial en la autorización del uso de la fuerza policial coercitiva, lo que lleva a un régimen de sanciones severo vinculado, al menos en parte, a infracciones a normas de comportamiento fundamentales y a nociones de responsabilidad personal. Aunque ninguno de estos rasgos es exclusivo del derecho penal, su interacción conduce a modos de comportamiento que lo distinguen de otras instituciones. El artículo argumenta que prestar atención a los efectos de esta interacción nos proporciona herramientas poderosas para comprender y evaluar el valor y los problemas del derecho penal.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, sistema penal, especificidad.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando nos preguntamos acerca de la especificidad de una práctica institucional, podemos tener en mente dos objetivos generales. Por un lado, podemos querer caracterizar los procesos intelectuales que nos permiten diferenciar esa práctica de otras con rasgos similares. Llamemos a esto un objetivo descriptivo. Por otro lado, podemos desear indagar en las razones por las cuales, y las condiciones bajo las cuales esa práctica –que asumimos que es intelectualmente distinguible de otros fenómenos– merece ser preservada o debe, en realidad, ser cambiada¹. Llamemos a esto el objetivo normativo². Estos objetivos suelen

¹ Esto es a lo que FARMER, Lindsay. *Making the Modern Criminal Law*, Oxford y Nueva York: Oxford University Press (2016), *passim*, hace referencia como la teoría deliberada de la especificidad del derecho penal.

² Para un análisis de las razones (cargas, objetivos) citadas por los académicos del derecho penal a favor del derecho penal, véase RISTROPH, Alice. “An Intellectual History of Mass Incarceration”, en *Boston College Law Review* 60(7) (2019), p. 1979; y MAYSON, Sandra G. “The Concept of Criminal Law”, en *Criminal Law and Philosophy* 14(3) (2020), p. 452.

estar conectados: los objetivos descriptivos sirven, por ejemplo, como premisas para argumentos normativos. Pero al menos los objetivos descriptivos se pueden perseguir de manera autónoma.

Ya sea normativo o descriptivo, cualquier discurso sobre la particularidad o especificidad de una práctica requiere un método conceptual para abordar la cuestión de la diferencia. Esto es inherente al concepto de “especificidad”. Formalmente, parecen estar disponibles tres operaciones conceptuales. Podemos llamar a la primera “monismo”. Un enfoque monista requiere identificar una característica específica que distinga a la práctica supuestamente distinta de otras. Este es un enfoque tentador: un esquema unívoco ofrece claridad al evaluar lo que caracteriza a una práctica o cómo juzgar las reformas³.

Dado que, por definición, el papel diferenciador será desempeñado por una característica discreta, el argumento depende de la plausibilidad de atribuir exclusividad a esa característica. Pero en el mundo caótico de las prácticas legales, cualquier teoría monista que postule la exclusividad categórica de una característica distintiva parece fácil de refutar simplemente señalando otras prácticas institucionales que comparten esa característica. Es siempre sencillo refutar una teoría monista de la particularidad del derecho penal que sostenga, por ejemplo, que la persecución de objetivos institucionales de “castigo” es lo distintivo del derecho penal, mostrando cómo otras instituciones legales muestran la característica supuestamente exclusiva. No es difícil aquí dar cuenta como regímenes de responsabilidad civil con características punitivas o las sanciones administrativas constituyen ejemplos en contra⁴. Por esta razón, una respuesta monista a la cuestión de la singularidad probablemente se basará en una cuestión de grado. El derecho penal sería especial porque serviría a objetivos no exclusivos de manera más intensa (sería “más severo”), o porque estaría más centralmente definido por ciertas ideas no exclusivas (por ejemplo, nociones de responsabilidad o culpabilidad)⁵. Este es el único tipo de monismo que considero plausible.

El segundo enfoque, “pluralismo estático”, requiere identificar un conjunto de características que distingan a la práctica penal de otras. A diferencia del

³ Críticas a la prevalencia de este tipo de pensamiento en la teoría del derecho penal se encuentran en CAHILL, Michael T. “Punishment Pluralism”, en WHITE, Mark (ed.), *Retributivism*, Nueva York: Oxford University Press (2011), p. 25; y HUSAK, Douglas. “Holistic Retributivism”, en *California Law Review* 88(3) (2000), p. 991.

⁴ CHIAO, Vincent. *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, New York: Oxford University Press (2018), cap. 5.

⁵ CHIAO, Vincent. “What is the Criminal Law For?”, en *Law and Philosophy* 35(2) (2016), pp. 158-159.

monismo, los enfoques pluralistas se centran no en la exclusividad de una característica discreta, sino en la exclusividad de la suma de las partes. Como tal, el pluralismo tiene ventajas que reflejan las limitaciones del monismo. En resumen, en el mundo caótico de las prácticas legales, es más probable que el derecho penal se pueda caracterizar como distintivo en función de un conjunto exclusivo de características individualmente no exclusivas en lugar de una característica exclusiva. La teoría ciertamente pierde rigurosidad normativa, pero gana en plausibilidad descriptiva.

En este artículo, defiendo un tercer enfoque que llamaré “pluralismo dinámico”. Con “pluralismo dinámico” me refiero a un enfoque de la cuestión de la especificidad que se centra en los efectos resultantes de la interacción entre un conjunto de características no exclusivas. Al igual que el pluralismo estático, el pluralismo dinámico no requiere la exclusividad individual como estándar de corrección en la cuestión de la diferencia. Pero difiere del pluralismo estático al proporcionar un modelo⁶ que nos permite ver qué hace que la suma de las partes sea distintiva a pesar de la falta de exclusividad individual, al pensar en los efectos que surgen de la interacción entre las características individuales.

Como un enfoque que se basa en descripciones de interacciones prácticas, mi enfoque encuentra su fuerza principal en los objetivos descriptivos (es decir, no normativos) relacionados con la cuestión de la especificidad del derecho penal. Espero mostrar que proporciona un modelo útil para comprender por qué la práctica institucional que llamamos “derecho penal” tiene un *comportamiento distintivo*⁷. Tomando las categorías de Alice Ristroph, mi enfoque proporciona una teoría normativamente agnóstica de la especificidad operativa del derecho penal⁸. Mi intención es mostrar que, a pesar de la heterogeneidad institucional en diferentes territorios, algunos patrones recurrentes de comportamiento pueden explicarse como resultado de la interacción entre características comunes a las prácticas de derecho penal en los sistemas contemporáneos. Este enfoque descriptivo e institucional implica una renuncia inicial a los objetivos normativos. Pero nos proporciona herramientas poderosas para comprender diferentes formas de comportamiento relacionadas con el objeto

⁶ No pretendo sugerir que no haya otros modelos disponibles. En teoría normativa, la combinación de una función dada con un enfoque distintivo para satisfacerla a menudo proporciona dicho modelo: el derecho penal es distintivo porque condena los actos morales de una manera distintiva o porque impone costos específicos en la realización de una conducta determinada, etc.

⁷ FARMER, ob. cit., p. 22.

⁸ RISTROPH, Alice. “Criminal Law as Public Ordering”, en *University of Toronto Law Journal* 70(1) (2020), p. 69.

institucional “derecho penal” y dirige nuestra atención hacia una consideración normativa de algunos efectos interactivos comunes de la práctica.

Procederé de la siguiente manera. En la sección II, proporcionaré una descripción de cinco características centrales de la justicia penal contemporánea en diversas jurisdicciones. Aunque asumo que estas características son centrales para el derecho penal contemporáneo en diversas jurisdicciones, no pretendo sugerir que agoten sus características distintivas, ni que por sí solas sirvan para distinguir el derecho penal de otros tipos de práctica legal. Luego, en la sección III, identifico algunas características que resultan de las interacciones entre estas características discretas.

II. CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DE LA INSTITUCIÓN DEL DERECHO PENAL

Mi estrategia requiere, en primer lugar, identificar un conjunto de características relevantes de la práctica del derecho penal. Con ese conjunto como punto de partida, podemos representar la institución haciendo referencia a las interacciones entre estas características.

Este primer paso enfrenta desafíos que pueden parecer intimidantes. ¿Cómo podemos identificar características perdurables de una práctica artificial? En el ámbito de las ideas, esto es ciertamente posible, pero la aspiración al realismo debe enfrentarse a la heterogeneidad de las prácticas contingentes. Esto es especialmente problemático cuando se aspira a dar cuenta del carácter distintivo “del” derecho penal en vez de aquél de un lugar específico.

Mi intención es sortear este desafío de manera general. Sólo me referiré a características que considero que están presentes en la mayoría (quizás todas) de las naciones occidentales (asumiendo que los sistemas penales latinoamericanos se encasillan, de modo más o menos feliz, allí). La variabilidad institucional y cultural puede ser alta en lo que respecta a la encarnación de cada una de estas características en los sistemas legales. Pero dado que muchos patrones distintivos de comportamiento relacionados con el derecho penal dependen de percepciones generales o hechos institucionales muy simples (por ejemplo, la existencia de una gran y especializada burocracia de imposición del derecho penal), estas diferencias no son significativas para mi argumento.

La primera de estas características se relaciona con la administración del derecho penal. La justicia penal contemporánea es una práctica administrada por *una burocracia grande y especializada*⁹. Dejo por el momento de lado la

⁹ WILLIAMS, Glanville. “The Definition of Crime”, *Current Legal Problems* 8(1) (1955), p. 107, argumentó célebremente que el uso de los procedimientos penales define el derecho penal. Este punto expresa la misma idea, pero en términos organizativos en lugar de legalistas.

parte más grande de esa burocracia, la policía, ya que sus poderes trascienden el derecho penal. Pero los sistemas legales contemporáneos suelen instituir otras agencias cuyo único propósito se relaciona casi exclusivamente con la administración del derecho penal. Estas incluyen las fiscalías, los tribunales penales y las agencias penitenciarias y de supervisión comunitaria. Las decisiones formales de criminalización otorgan competencia a esta gran burocracia. Por lo tanto, a diferencia de otros regímenes sancionadores, el derecho penal casi invariablemente incluye un gran aparato de imposición¹⁰.

La segunda característica se refiere a la relación del derecho penal con la policía estatal¹¹. Las normas y prácticas del derecho penal *desempeñan un papel significativo en la autorización del uso de acciones policiales coercitivas* (detenciones, uso de la fuerza) para prevenir o facilitar la sanción de delitos penales. Por lo tanto, el uso de la técnica regulatoria del “derecho penal” implica ampliar las competencias sustantivas de la policía para controlar y gestionar a la población¹².

Las tres últimas características son probablemente las más populares en la teoría del derecho penal: el derecho penal es un régimen de sanción severo dirigido al menos contra delitos fundamentales según ciertas nociones de responsabilidad personal y culpabilidad.

Aunque no hay necesidad conceptual de que el derecho relativo a los crímenes (como “ley del delito”) se instituya como una ley “penal”, la justicia penal moderna asocia un tratamiento severo y represivo al establecimiento de la culpabilidad. Muchas de estas sanciones tienen una función de control, como es obvio en el encarcelamiento y en la mayoría de las formas de supervisión comunitaria. Sin embargo, probablemente ninguna de estas penas sea exclusiva del derecho penal. Incluso algunas formas de custodia correccional (por ejemplo, la custodia civil) se instituyen como no penales por naturaleza. Pero

¹⁰ Véase BROWN, Darryl. “History’s Challenge to Criminal Law Theory”, en *Criminal Law and Philosophy* 3(3) (2009), p. 271; RISTROPH, “An intellectual...” ob. cit.

¹¹ DUBBER, Markus ha argumentado, más recientemente en *The Dual Penal State* (Nueva York: Oxford University Press, [2018]), que el poder policial y el derecho penal constituyen dos modos diferenciados de gobernanza. Sin embargo, la distinción se refiere a aspiraciones. El argumento de Dubber se centra precisamente en el hecho de que en la gobernanza moderna ambos se entrelazan.

¹² Sería un error comparativo asumir que el derecho penal es el único cuerpo de normas que condiciona la acción policial del Estado. Sin embargo, en muchos sistemas, como en el derecho constitucional de los Estados Unidos en relación con los decomisos, la conexión con un delito es una herramienta legal central para establecer los poderes policiales. Pero incluso en jurisdicciones con cuerpos autónomos de derecho policial preventivo, los delitos flagrantes también desencadenan los poderes de arresto. Esto es suficiente para mi argumento.

estas son excepciones. En su mayor parte, los instrumentos más severos de control social resultan de la aplicación del derecho penal. El derecho penal (en acción) condiciona el uso de una serie de herramientas coercitivas de control social estatal.

La cuarta y quinta características proporcionan la supuesta justificación de la tercera. La práctica del derecho penal administra la reacción punitiva a delitos fundamentales como el asesinato, la violación, el robo, las lesiones corporales severas, etc. La criminalización actual ciertamente se extiende mucho más allá de lo que comúnmente se denomina “delitos *mala in se*”¹³. Sin embargo, la expansión de la criminalización no hace que la criminalización de *mala in se* sea irrelevante para explicar el comportamiento del derecho penal. Al revés, la asociación del derecho penal con conductas que pueden ser consideradas *mala in se* tiene un importante efecto secundario: sea cual sea el tipo de conducta que pueda ser criminalizada, criminalizarla es retratarla como algo en común con delitos fundamentales. La mayoría de las implicaciones culturales del derecho penal surgen de esta característica, así como de la quinta y última característica, es decir, la programación del derecho penal según nociones de responsabilidad personal y culpabilidad. Nuevamente, estos efectos simbólicos se producen bajo la percepción de que el derecho penal opera de acuerdo con estos principios, independientemente de si otros modelos de atribución (responsabilidad objetiva, criminalización preventiva, etc.) operan en la práctica. Ambas características implican que el conjunto de herramientas de sanción y control gestionadas a través de la justicia penal están, para bien y para mal, culturalmente vinculadas a concepciones centrales de culpa y delito en la interacción humana.

III. DISTINTIVIDAD COMO INTERACCIÓN: CONCEPTUALIZANDO EL COMPORTAMIENTO ESPECÍFICO DEL DERECHO PENAL

En esta sección, ilustraré acerca de la afirmación de que el estudio de los efectos interactivos de las características centrales del derecho penal moderno es necesario para comprender su comportamiento distintivo. Lo hago abordando tres características del derecho penal que surgen de algunas interacciones entre sus características no exclusivas. Dos de ellas se refieren a la interacción entre las condiciones reales de funcionamiento del derecho penal y algunas de

¹³ Véase el clásico de HUSAK, Douglas. *Overcriminalization*, Oxford and New York: Oxford University Press (2008). Para un acercamiento empírico, véase CHALMERS, James y LEVERICK, Fiona. “Quantifying Criminalization”, en DUFF, R.A. et al. (eds.), *Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford and New York: Oxford University Press, (2014), p. 54.

sus ideas centrales. La tercera se refiere a los efectos políticos que surgen de la concentración del poder moral (que significa culpa y delito fundamental) en el derecho penal.

Consideremos primero la relación entre el hecho de que el derecho penal sirva para hacer uso de un conjunto severo de herramientas de control social (principalmente de custodia) y una técnica legal que administra la culpabilidad en respuesta a delitos básicos y especialmente reprochables. Esta relación a veces se representa como una oposición que imita la que existe entre el derecho en los libros –el derecho penal como un conjunto digno de normas– y el derecho penal en acción –el desagradable derecho penal como una herramienta de control–. Con frecuencia, los estudiosos del ámbito normativo se centran en la primera dimensión, reflexionando sobre cómo debería ser el derecho penal, mientras que otros analizan la operación real del sistema penal. Pero en lugar de dividir el trabajo de esta manera, centrarse en la interacción entre estas características proporciona conocimientos mucho más útiles sobre las implicancias (también normativas) del derecho penal como institución legal.

Me concentro en tres posibles consecuencias interactivas. La primera se desprende, como una aspiración, por diseño: una o más características (responsabilidad, delitos básicos y especialmente reprochables) deben servir para limitar el despliegue del control social de custodia. Esta combinación regulativa está destinada a limitar el uso de dichas tecnologías a casos que impliquen responsabilidad personal y delitos especialmente reprochables. Como con cualquier aspiración, sus méritos deben evaluarse desde un punto de vista normativo, y su desempeño debe evaluarse mediante una investigación crítica de las desviaciones de la misma.

La segunda consecuencia se encuentra en el nivel de la producción legislativa del derecho: la combinación de control con un código de responsabilidad minimiza los costos políticos y la resistencia al uso del control social represivo. Consideremos un panorama político en el que los conflictos que conducen a delitos menores y más graves están creciendo. Desde un punto de vista político, es probable que cualquier autoridad sienta presión (o una oportunidad) para actuar. Abordar el problema con políticas a largo plazo probablemente no sea políticamente atractivo. Tal vez invertir en educación o lograr aumentos salariales proporcionaría mejores resultados en la disminución del delito. Pero esto lleva tiempo, moviliza resistencia, probablemente produce pocos resultados inmediatos y, por lo tanto, ofrece pocos retornos políticos positivos. Por otro lado, un político autoritario podría estar inclinado a abordar el creciente temor al delito a través de una aplicación autoritaria de su poder, represión y privaciones de libertad sin garantías procesales. En nuestras condiciones políticas, podemos esperar que esta opción encuentre una gran resistencia.

Sin embargo, el uso de una estrategia de control cuya imposición se basa en la culpa y la responsabilidad es menos probable que encuentre resistencia y es probable que proporcione retornos políticos más fáciles. Así, una técnica de control injusta, ineficaz y costosa, como la encarcelación masiva, se convierte en políticamente posible.

Tercero, la percepción de que el uso del derecho penal se basa en nociones de culpabilidad individual desvía la atención de las deficiencias estructurales sociales de las que surgen el delito y las necesidades de control, como se muestra claramente en su tendencia a centrarse en grupos marginados. De esto se derivan dos consecuencias. La primera es la culpabilización comunicativa de las comunidades pobres y marginadas, descrita por Sandra Mayson como “condena agregada”. “Lo peor de todo, porque cada condena teóricamente es merecida, la condena agregada también puede parecer merecida”¹⁴. La segunda es la posible pasividad en relación con las deficiencias estructurales que dan lugar a la necesidad de un control severo. Como parte del control social se puede proporcionar a través del derecho penal, y ese control desplaza la responsabilidad hacia los infractores, las deficiencias estructurales quedan en segundo plano. La culpabilidad individual toma la delantera.

Todas estas características operan incluso en el contexto de una sociedad decente. Pero se vuelven aún más apremiantes en condiciones de hipertrofia de la criminalización. Cuando el derecho penal se utiliza masivamente para abordar desviaciones y necesidades menores de control social, es probable que se les atribuya una connotación de culpa y, por lo tanto, se expandan para caracterizar a comunidades enteras.

Como hemos visto, el derecho penal también condiciona el despliegue de dos grandes aparatos burocráticos: su propia burocracia especial y la policía. Esto proporciona un segundo conjunto de efectos interactivos similares. El gran aparato de imposición del derecho penal también tiene efectos interactivos con la dependencia del uso de herramientas de control de custodia a través del lenguaje moralizado del derecho penal. En pocas palabras, la policía y la fiscalía adquieren una posición moral a medida que se relacionan con la lógica del derecho penal, de la misma forma como el derecho penal se convierte en una herramienta efectiva para todo tipo de objetivos de control porque es aplicado por un gran aparato burocrático. La omnipresencia del recurso excesivo al derecho penal es fácil de explicar en esas condiciones.

La tercera característica interactiva en la que quiero centrarme se refiere a la combinación de la supuesta preocupación del derecho penal por delitos

¹⁴ MAYSON, ob. cit., p. 460.

básicos y especialmente reprochables y el código de responsabilidad¹⁵. Como hemos visto, esta combinación proporciona un retorno cultural distintivo: en el contexto de conflictos sobre valores sociales, la criminalización proporciona un capital simbólico fuerte¹⁶. Con el término capital simbólico me refiero a recursos que se pueden movilizar en el contexto de conflictos de significación y valores¹⁷. En sociedades plurales, diferentes grupos compiten no solo por el significado atribuido a acciones discretas, sino, sobre todo, por el reconocimiento de los marcos que producen estas significaciones. Los conflictos simbólicos son una parte perdurable de la política moderna porque los problemas sobre los que luchan los grupos políticos –por ejemplo, el aborto, el discurso de odio o incluso el uso de una mascarilla– hacen referencia a marcos más profundos de creación de significado¹⁸. Los temas disputados simbólicamente se convierten en símbolos, es decir, objetos de discusión cuya importancia llega al marco más amplio de creación de significado. Por lo tanto, la criminalización de una conducta que puede simbolizar eficazmente el problema en disputa, como ciertas formas de discurso o el uso de determinada ropa, proporciona un capital importante con una gran resonancia precisamente porque el derecho penal tiene un carácter cuasi natural, popular y centrado en la culpa.

Ciertamente, podemos dudar de que sólo el derecho penal proporcione estos retornos simbólicos. Tal vez el derecho constitucional lo haga aún más. Y los grupos sociales y de interés también intentan apropiarse de este capital a través de la reforma constitucional o mediante litigios constitucionales (y de derechos humanos). Pero el derecho penal expresa directamente la idea del carácter erróneo y de la culpabilidad. Cuando la política de significación alcanza objetos y problemas simbólicos, la criminalización se convierte en una herramienta política casi irresistible. Incluso para los grupos de identidad que

¹⁵ Véase WILENMANN, Javier. “Framing Meaning through Criminalization”, en *New Criminal Law Review* 22(1) (2019), p. 3.

¹⁶ Compárese con el uso del concepto de política de estatus de KAHAN, Dan. “The Secret Ambition of Deterrence”, *Harvard Law Review* 113(2) (1999), p. 413.

¹⁷ Saco el concepto de HALL, Stuart. “The Rediscovery of Ideology: Return of the Repressed in Media Studies”, en GUREVITCH, Michael *et al.* (eds.), *Culture, Society and the Media*, New York: Methuen, (1982), p. 56.

¹⁸ Hay evidencia de que la actual “polarización” refleja una ampliación de las aplicaciones de marcos ideológicos y de identidad a cuestiones que solían considerarse al margen de estas divisiones. Ver DELLAPOSTA, Daniel. “Pluralistic Collapse: The ‘Oil Spill’ Model of Mass Opinion Polarization”, en *American Sociological Review* 85(3) (2020), p. 507. Esto presagia una presión para aumentar el uso simbólico del derecho penal para la confirmación de marcos ideológicos.

movilizan marcos liberales, antipoder y antipena, como el feminismo o los diferentes movimientos sociales que abordan la violencia policial, este capital aparece con mucha frecuencia como demasiado importante para prescindir de él. No es poco frecuente, de hecho, que termine siendo movilizado como el principal objetivo institucional buscado.

IV. RENDIMIENTOS NORMATIVOS DE UNA TEORÍA DESCRIPTIVA

Buena parte de la discusión contemporánea sobre la especificidad del derecho penal ha tenido un carácter normativo. Las preguntas centrales que se plantean en este ámbito dicen relación con el valor que debe asignarse *al discurso académico* que afirma que la práctica del derecho penal tiene o puede tener un valor distintivo y positivo¹⁹. En palabras de Alice Ristroph, la discusión central se ha concentrado en el *excepcionalismo* de la teoría del derecho penal, en lugar de cuestionar la excepcionalidad práctica de la justicia penal. ¿Qué puede ofrecer mi contribución sobre la “excepcionalidad” del derecho penal a la discusión sobre el *excepcionalismo*?

La pregunta se relaciona con el difícil problema de la relación entre el análisis de dinámicas institucionales y políticas, y la teorización normativa inspirada en la filosofía moral y política. Al igual que en la filosofía política en general, ese problema se ha convertido en una pregunta central en la filosofía contemporánea del derecho penal. El hecho mismo de que el debate entre teorías ideales y no ideales haya encontrado una iteración en el campo, como señala Matt Matravers, es un desarrollo prometedor, destacado por el presente debate. Sin embargo, ese desarrollo sólo puede llevar a resultados interesantes si va más allá del guión repetitivo en el que los académicos críticos señalan que existe una distancia importante entre las teorías ideales y la práctica –para luego criticar que las teorías ideales pueden desempeñar un papel en permitir que se sostengan instituciones injustas–, y los teóricos ideales responden que ninguna crítica seria puede tener lugar sin pensamiento normativo ideal. En esta sección, mi objetivo es mostrar el papel que puede desempeñar mi contribución.

El debate sobre el excepcionalismo en el derecho penal lanzado por Alice Ristroph puede leerse como un tipo específico de ataque a la teoría ideal en el derecho penal. Ella sugiere que la aparición de un discurso centrado en justificar el valor abstracto del derecho penal puede haber desempeñado un

¹⁹ Véase Matt MATRAVERS, en *Criminal Law and Philosophy* [2023] 17, señalando la concentración en la cuestión de “excepcionalismo” en lugar de “excepcionalidad”.

papel de legitimación pasiva²⁰. Al defender la existencia de una institución con un valor operativo único, el espíritu de la teoría del derecho penal puede haber favorecido la política de encarcelamiento masivo en los Estados Unidos, con independencia de que se tratara de filósofos liberales que defendían una concepción idealista del derecho penal y se oponían a las políticas que llevaron a ese resultado²¹.

¿Qué contribución hace mi artículo al debate sobre el papel de la teoría ideal frente a una institución profundamente injusta?

En primer lugar, dado que mi artículo se centra en las dinámicas que refuerzan el estatus del derecho penal como régimen de control social general de facto, el argumento se relaciona con las discusiones sobre el papel de la teoría ideal del derecho penal en influir en la expansión de la justicia penal. Mi argumento aquí refuerza la crítica de Ristroph. La comprensión del derecho penal como un conjunto de reglas centradas en nociones justas de responsabilidad y castigo interactúa con otras características de la institución del derecho penal para convertirla en una institución políticamente expansiva. Estas otras características inductoras de expansión incluyen los retornos políticos asociados con el uso del derecho penal y la conexión del derecho penal con una gran infraestructura de ejecución. Esto, por supuesto, es una característica de la institución del derecho penal y no principalmente de los discursos académicos que la rodean. Sin embargo, la argumentación de Ristroph de que el excepcionalismo respalda esa configuración al resaltar constantemente nociones de responsabilidad y castigo justo parece plausible, ya que muchas de las dinámicas políticas del derecho penal se basan en estas nociones²².

Mi enfoque sugiere, además, que las tendencias expansivas del derecho penal no dependen exclusivamente de factores políticos exógenos, sino que son más bien inmanentes a la combinación de democracia representativa y la configuración del control estatal moderno. Por importantes que sean, los factores

²⁰ El argumento está presente desde las contribuciones originales que abogan por una forma no ideal de filosofía política. Véase MILLS, Charles. “‘Ideal Theory’ as Ideology”, *Hypatia* 20(3) (2005), p. 165.

²¹ RISTROPH, “An intellectual...”, *ob. cit.*, pp. 1993-1996.

²² Sin embargo, hay una exageración cuando Ristroph presenta el excepcionalismo como el fundamento intelectual sobre el cual se construyó la expansión de la justicia penal en los Estados Unidos: esto es difícil de conciliar con el hecho de que esta forma de “excepcionalismo” —la precedencia de la sustancia y la moral sobre el pensamiento sobre la aplicación— es mucho más profunda en contextos donde la expansión sin precedentes está en gran parte ausente. En cierto sentido, la hegemonía de los estudios realistas de las instituciones legales es un caso más claro de excepcionalismo intelectual estadounidense.

exógenos y no repetitivos entre países pueden desviar la atención de la naturaleza intrínsecamente expansiva del derecho penal moderno. Las cuestiones de dominación de clase o raza, o los cambios en la orientación de la política, desde la racionalidad hasta el populismo, a menudo se han invocado para explicar la falta de adhesión de los estados modernos a una concepción liberal del derecho penal o a una “política criminal racional”. Esto ofrece una solución fácil para los teóricos ideales. ¡El problema radica en las fuerzas ideológicas en cuestión! En un Estado no racista y justo, o en un Estado no populista sino que racional, etc., el derecho penal podría operar de acuerdo con principios justos. Sin embargo, mi argumento no se centra en movimientos políticos distorsionados o problemáticos, sino en dinámicas que surgen del lugar del derecho penal y su aparato de ejecución en las democracias modernas. En una democracia representativa, el derecho penal tiende a proporcionar las ventajas y los retornos políticos que he rastreado.

Hasta ahora, estoy de acuerdo con Ristroph en cuestionar el valor de una práctica centrada en reconstrucciones racionales del castigo estatal. Sin embargo, también estoy de acuerdo con Duff y Marshall en que, en un contexto en el que la práctica del derecho penal se desvía de manera tan radical de una versión ideal justificable, no es obvio cuál debería ser la postura de los académicos enfocados en la normatividad. Este es un camino de dos vías. Tanto las actitudes abolicionistas como las reformistas se enfrentan a las mismas dinámicas de la justicia penal que ponen presión sobre la viabilidad política de las ideas normativas, hacen que los retrocesos estructurales hacia cambios importantes sean probables y, en general, presentan un panorama de resistencia. Tanto los teóricos ideales moderados como los radicales tienden a evitar las preguntas sobre la recepción política, apelando al reparto de tareas (¡Dejemos que otra persona piense en la implementación política de nuestras ideas!) o a la prioridad de la estructura ideológica sobre las cuestiones de política (¡Ganemos primero la adhesión a un programa simple y luego enfoquémonos en un nuevo régimen político!). Quien presenta un argumento abolicionista tiende a no preocuparse demasiado por las oportunidades políticas que ello abre para obtener precisamente los resultados contrarios o para aumentar los niveles de violencia en ciertos espacios sociales.

En otras palabras, los teóricos normativos, tanto optimistas como pesimistas, tienden a evadir el problema de la persistencia funcional de las demandas de control social y las dinámicas que surgen de la necesidad política de abordarlas. Quizás nuestro principal desafío en la academia radica en plantear las preguntas incómodas que quedan escondidas detrás de esta forma de pensar. Claro, deberíamos abolir o reformar el sistema de procesamiento masivo de delitos

menores. Pero ¿cómo se manejará la demanda de control social de bajo nivel si reducimos, como deberíamos, las operaciones de la justicia penal? La respuesta habitual es: mediante un mayor bienestar social. Es posible que haya un intercambio claramente beneficioso en aumentar el bienestar social y reducir la inversión en justicia penal. Pero un mayor bienestar social, en el mejor de los casos, reducirá esa demanda; no la eliminará. O, ¿cómo controlamos la violencia privada si reducimos la vigilancia y, por lo tanto, abrimos el campo de las respuestas privadas o comunitarias?

La institución de la justicia/derecho penal, con las cinco características que he rastreado, tiene desventajas precisamente porque tiende a representar las operaciones de control social en su forma más aceptable y puede, por lo tanto, fomentar llamados a expansiones perjudiciales de esas operaciones. Pero las demandas de control social y la necesidad de prácticas institucionales que funcionen para satisfacer esas demandas persistirán, incluso en ausencia de una práctica que se asemeje aproximadamente a la justicia penal actual.

V. CONCLUSIÓN

He argumentado que comprender la distintividad del derecho penal como institución legal requiere ir más allá del enfoque en sólo una o más características discretas que se consideran para delimitar el derecho penal. Si queremos entender el comportamiento distintivo del derecho penal, debemos prestar atención a las interacciones entre características recurrentes en diferentes jurisdicciones.

He intentado ilustrar los beneficios de un enfoque más holístico al discutir tres características interactivas: las consecuencias políticas de abordar las necesidades de control social con programas vinculados a la responsabilidad (como el derecho penal), la omnipresencia del recurso al derecho penal debido a su asociación con un gran aparato de ejecución, y el capital simbólico asociado al derecho penal. Estos tres efectos no agotan los beneficios que ofrece un enfoque más holístico. Argüiblemente, la principal deficiencia de la teoría del derecho penal se relaciona con la atención insuficiente que presta a la gran y especial burocracia del derecho penal y sus vínculos con el poder policial.

BIBLIOGRAFÍA

- BROWN, Darryl. "History's Challenge to Criminal Law Theory", en *Criminal Law and Philosophy* 3(3) (2009), pp. 271-287.
- CAHILL, Michael T. "Punishment Pluralism", en WHITE, Mark (ed.), *Retributivism*, Nueva York: Oxford University Press (2011).

- CHALMERS, James y LEVERICK, Fiona. “Quantifying Criminalization”, en DUFF, R.A. *et al.* (eds.), *Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford and New York: Oxford University Press, (2014).
- CHIAO, Vincent. “What Is the Criminal Law For?”, en *Law and Philosophy* 35(2) (2016), pp. 137-163.
- _____. *Criminal Law in the Age of the Administrative State*, New York: Oxford University Press (2018).
- DELLAPOSTA, Daniel. “Pluralistic Collapse: The ‘Oil Spill’ Model of Mass Opinion Polarization”, en *American Sociological Review* 85(3) (2020), pp. 507-536.
- DUBBER, Markus. *The Dual Penal State*, Nueva York: Oxford University Press, (2018).
- FARMER, Lindsay. *Making the Modern Criminal Law*, Oxford y Nueva York: Oxford University Press (2016).
- HALL, Stuart. “The Rediscovery of Ideology: Return of the Repressed in Media Studies”, en Gurevitch, Michael *et al.* (eds.), *Culture, Society and the Media*, New York: Methuen, (1982), pp. 56-90.
- HUSAK, Douglas. “Holistic Retributivism”, en *California Law Review* 88(3) (2000), pp. 991-1000.
- _____. *Overcriminalization*, Oxford and New York: Oxford University Press (2008).
- KAHAN, Dan. “The Secret Ambition of Deterrence”, *Harvard Law Review* 113(2) (1999), pp. 413-500.
- MAYSON, Sandra G. “The Concept of Criminal Law”, en *Criminal Law and Philosophy* 14(3) (2020), pp. 447-464.
- MILLS, Charles. “‘Ideal Theory’ as Ideology”, *Hypatia* 20(3) (2005), pp. 165-184.
- RISTROPH, Alice. “Criminal Law as Public Ordering”, en *University of Toronto Law Journal* 70(1) (2020), pp. 64-83.
- _____. “An Intellectual History of Mass Incarceration”, en *Boston College Law Review* 60(7) (2019), pp. 1949-2010.
- WILENMANN, Javier. “Framing Meaning through Criminalization”, en *New Criminal Law Review* 22(1) (2019), pp. 3-33.
- WILLIAMS, Glanville. “The Definition of Crime”, *Current Legal Problems* 8(1) (1955), pp. 107-130.