

DOCTRINA

El principialismo político-criminal como fetiche

Criminal political principialism as a fetish

Juan Pablo Mañalich

Universidad de Chile

RESUMEN El artículo somete a crítica una determinada comprensión, distintivamente académica, de la política criminal, que admite ser designada como «principialismo». Para ello se reivindica el carácter irreductiblemente político del discurso político-criminal, cuyo desconocimiento queda ejemplificado en la problemática postulación del así llamado «principio de subsidiariedad», que usualmente sirve de base para la caracterización de la intervención jurídico-penal como *ultima ratio*. El trabajo se cierra con el esbozo de algunas implicaciones de la repolitización, en clave de democracia radical, del discurso político-criminal.

PALABRAS CLAVE Política criminal, subsidiariedad y *ultima ratio*, democracia radical.

ABSTRACT The paper offers a critique of a distinctively academic understanding of penal politics, which may be designated as «principlism». Hereto, the irreducible political nature of the discourse of penal politics is asserted, the neglecting of which is very clearly illustrated by the postulation of a so called «subsidiarity principle», upon which the characterization of penal intervention as *ultima ratio* is usually grounded. The paper closes with a sketch of some implications of the repolitization of the discourse of penal politics in terms of radical democracy.

KEYWORDS Penal politics, subsidiarity and *ultima ratio*, radical democracy.

¿Hacia una «dogmática» de la política criminal?

En una reciente contribución referida al problema de la interrelación que cabría detectar entre democracia, constitución y dogmática jurídico-penal, Silva Sánchez (2018) ha intentado retratar una tendencia intelectual, a su juicio preocupante, que apuntaría a «poner de relieve el «carácter radicalmente político, democrático», del

Derecho penal» (43). Esto se traduciría en que, de acuerdo con ese mismo punto de vista, «los únicos parámetros de control legítimo de la legislación penal serían su origen democrático y su conformidad con la Constitución» (Silva Sánchez, 2018: 43). Acertadamente, Silva Sánchez identifica al iuspublicista alemán Klaus Ferdinand Gärditz como un exponente especialmente representativo del enfoque por él criticado (véase especialmente Gärditz, 2015: 39 y ss.). Silva Sánchez sugiere, a renglón seguido, que esta aproximación —en su opinión: reduccionista— tendría como foco crítico prioritario el «autoritarismo epistémico (antiigualitario) de los idealistas del derecho penal», que serían «aquellos profesores que pretenden saber allende de la ley —y aquende la Constitución— dónde está el derecho penal correcto» (43).

Hidalgamente, Silva Sánchez muestra no tener mayores problemas en quedar encasillado entre los ya mencionados «idealistas del derecho penal» (cf. Gärditz, 2015: 40), precisamente porque él hace suya la jerga sobre un «derecho penal correcto», cuya identificación definiría el cometido intelectual de la así llamada «ciencia del derecho penal», que a su vez se identifica con el discurso doctrinal de los profesores de derecho penal. Sería difícil encontrar una muestra más franca de este último predicamento que la que nos provee la siguiente declaración:

Los profesores no ocupan ninguna posición de poder. Pero sí deberían considerarse discursivamente (racionalmente) vinculantes. Por decirlo con cierta distancia, es frecuente que haya mejores argumentos de política criminal entre los académicos que entre los políticos; entre los expertos que entre los profanos. Ello es debido —además de al tiempo y al esfuerzo invertidos— a que la comunidad académica no renuncia a confrontar el derecho penal positivo (la legislación penal) con un modelo normativo de derecho penal caracterizado por un ideal suprallegal de racionalidad. Por tanto, los conceptos doctrinales deben desempeñar una función doble, tanto de crítica constructiva *de lege ferenda* de la legislación vigente como de guía de la aplicación de esta última *de lege lata* (Silva Sánchez, 2018: 54).

Esta toma de posición sintetiza aquello que, en el marco del presente trabajo, quisiera denominar «principalismo». Por tal cabe entender el postulado según el cual sería posible identificar, en la forma de una operación cognoscitiva, un conjunto de parámetros que podríamos llamar «principios de la política criminal», de cuya satisfacción dependería que la adopción y la implementación de decisiones concernientes a la definición, el control y la represión de comportamientos tenidos por socialmente intolerables puedan reclamar legitimidad política. Lo distintivo del principalismo, tal como aquí se está haciendo uso de la noción, consiste en la pretensión, explícita o velada de parte de quienes lo cultivan, de que los parámetros de legitimación así perfilados serían susceptibles de ser identificados de manera *pre-política*, en términos tales que tenga sentido postular, como lo hace Silva Sánchez, la existencia de una «ciencia de la política criminal», entendida como una «ciencia normativa» (Silva

Sánchez, 2018: 52, nota 6). Que sea concebible semejante ciencia normativa de la política criminal, cultivada por penalistas académicos, es algo que, a mi juicio, debe ser negado.

La naturaleza pre-política que, según los abogados de una política criminal principialista, tendría la actividad intelectual del penalista académico interesado por la legitimidad de algún conjunto de decisiones de política criminal expresadas en el respectivo sistema de control social formalizado, se deja advertir con toda claridad en la manera en que Robles Planas (2012), destacado discípulo de Silva Sánchez, ha llegado a sugerir la necesidad de trabajar en una así llamada «dogmática de la política criminal».¹ En sus propias palabras, ésta estaría llamada a ocupar el lugar de una «meta-política criminal», encontrándose «en las mejores condiciones para analizar [la política criminal] desde un discurso legitimador y arrojar conclusiones mucho más firmes y seguras que las derivadas del juego de las mayorías políticas y de los acuerdos ideológicos» (Robles Planas, 2012: 20). Esta toma de posición ilustra de manera extraordinariamente precisa el compromiso que, según Gärditz, mostraría el todavía dominante compromiso de la penalística académica, enraizada en «tradiciones idealistas, predemocráticas y antipositivistas», con «asunciones de corrección que se encuentran antepuestas al derecho positivo» (Gärditz, 2015: 42).²

La política criminal como política (valga la redundancia)

En qué medida ese discurso legitimador logra situarse como poseedor de una racionalidad capaz de vincular con independencia de tales o cuales premisas ideológicas, es algo que puede ponerse en duda si se examina, con un mínimo detenimiento, la formulación más acabada de tal programa de principialismo político-criminal, plasmada en la monografía de Sánchez-Ostiz (2012), otro connotado discípulo de Silva Sánchez, y cuyo subtítulo sugerentemente reza «un retorno a los principios».

El punto de partida para su formulación de ese programa se encuentra en una abierta validación del carácter axiomático de la construcción de la variante de principialismo por él favorecida. En efecto, Sánchez-Ostiz afirma que «los principios, como tales, no resultan demostrables», lo cual no obstaría a que ellos sean, al mismo tiempo, susceptibles de aceptación con base en razones (Sánchez-Ostiz, 2012: 88). Metodológicamente, la apuesta consiste en identificar algún conjunto de «primeros principios» de la política criminal a partir de lo que él mismo caracteriza como «percepciones generalizadas sobre la persona», y que serían las siguientes tres: 1) «el deber

1. Véase Robles Planas (2012: 19 y ss.). Silva Sánchez (2018: 57 y ss.) valida la misma terminología.

2. Para una muy bien documentada impugnación de la caracterización distorsiva —por no decir: caricaturesca— del positivismo jurídico que la doctrina jurídico-penal alemana tendió a hacer suya a lo largo del siglo XX, véase Ortiz de Urbina (2007: 67 y ss.).

de asegurar los fundamentos de la vida social»; 2) «el deber de respetar la libertad humana», que asumiría la forma de un compromiso con la legalidad; y 3) «el respeto de la dignidad en los medios de protección» (Sánchez-Ostiz, 2012: 87). Sánchez-Ostiz pretende anclar esta identificación de los principios de seguridad en la vida social, legalidad y respeto por la dignidad, como los tres *primeros* principios de toda política criminal, en el «convencimiento de que cualquier construcción político-criminal apela siempre, mediata o inmediatamente, a un concepto de persona», lo cual determinaría que aquellos se encuentren entroncados «en la esencia de lo humano» (Sánchez-Ostiz, 2012: 89).

Aquí no interesa considerar el mérito particular de la especie de esencialismo personalista que Sánchez-Ostiz pretende retrotraer a una combinación del ideario liberal de la Ilustración y el pensamiento de Aristóteles. Antes bien, me interesa poner el foco en la caracterización misma de los principios que habrían de fungir como axiomas de toda política criminal que reclame estar a la altura de un cierto ideal de racionalidad. Pues esto descansa en la cándida premisa según la cual esos primeros principios serían, sin más, universales; de esto último depende, en efecto, que tenga sentido la postulación misma de una ciencia (normativa) de la política criminal. Y esto desconoce, radicalmente, la naturaleza *contextual*, a la vez que *agonal*, del enfrentamiento práctico de cualquier problema que llega a revestir significación política.³ La pretensión misma de que la política criminal habría de quedar sometida a una cierta racionalidad normativa, definida por principios que son tratados como premisas prepolíticas, no resulta compatible con la *contingencia* y la *inmanencia* definitorias del juego político democrático.⁴ Dicho de otra manera: el principialismo político-criminal, en la versión aquí examinada, parece esconder, en la forma de un artificio ideológico, el carácter políticamente controversial de los postulados que ese principialismo presenta como axiomas.

En este preciso sentido, el principialismo opera propiciando una específica forma de falsa conciencia. Pues quienes lo promueven creen estar ofreciendo una modelación no-política de un determinado espacio de disputa política —a saber, el de la política criminal—, siendo el caso que esa modelación resulta ser irreductiblemente política, lo cual quiere decir: *políticamente controvertible*. Tal enmascaramiento del estatus de los principios doctrinalmente perfilados como basamentos pretendidamente infranqueables de toda política criminal legítima, ha sido acertadamente develado por Díez Ripollés (2003). Pues su observación de que tales principios «no han de buscarse en lugares remotos, sino que nacen dentro de nuestras sociedades», careciendo así «de referencias externas a nosotros mismos» (113), no hace otra

3. Muy claramente al respecto, Mouffe (2007: 16 y ss., 36 y ss.).

4. Sobre el «principio de la inmanencia» como un aspecto de «los fundamentos comunes de las formas de nuestro pensamiento político», véase ya Heller (1930: 17 ss.).

cosa que reconocer la inmanencia (política) de los correspondientes parámetros de legitimación.

Esta observación va de la mano de una preocupación explícita por develar el ya referido enmascaramiento en el que incurre el discurso principialista, el cual según Díez Ripollés asumiría alguna de tres estrategias de «disimulación» del carácter contingente de los pretendidos axiomas (véase Díez Ripollés, 2003: 115). Como primera estrategia aparecería el recurso a alguna forma sublimada de iusnaturalismo, como aquella que abrazaría el modelo de derecho penal garantista programáticamente presentado por Ferrajoli.⁵ Como segunda estrategia vendría en consideración el desiderátum de identificar los principios en cuestión con estándares expresa o implícitamente consagrados como normas constitucionales.⁶ Finalmente, y como tercera estrategia, Díez Ripollés menciona el esfuerzo por desvincular la identificación de esos principios de las precomprensiones y concepciones pretendidamente vulgares extendidas a través de la sociedad en su conjunto, conducente a que aquellos sean presentados como el «producto de la reflexión realizada por la *intelligentsia* jurídica en el marco de una *cultura jurídica* [...] suficientemente autónoma como para no sólo contradecir, sino igualmente imponerse legítimamente frente a tal sistema de creencias popular cuando éste fuera considerado incorrecto por los profesionales del derecho o de la filosofía jurídica» (Díez Ripollés, 2003: 116).

De las tres opciones críticamente reseñadas por Díez Ripollés, aquí interesa sobre todo considerar la tercera. Pues el elitismo intelectual que anima a esa estrategia en buena medida explica la desazón e impotencia con la que una parte significativa de la doctrina jurídico-penal se posiciona frente al auge contemporáneo del así llamado «populismo punitivo».⁷ Ciertamente, este se ve favorecido por la hegemonía que actualmente ostenta el paradigma de la seguridad ciudadana, lo cual contribuye a que se lo trate como un fenómeno que la pretendida racionalidad científica administrada por los penalistas académicos sólo podría constatar despreciativamente.⁸ Tal posicionamiento queda fuertemente condicionado por la actitud defensiva que, según también lo ha sugerido Díez Ripollés, los penalistas académicos suelen asumir a la hora de considerar el desenvolvimiento de la política criminal, que en sus palabras «lleva a que lo determinante sea cómo logramos frenar la intervención penal, y no cómo hay[a] que legítimamente configurarla» (Díez Ripollés, 2003: 135). Semejante pretensión de someter la política criminal a un espacio de juego definido por axiomas sustraídos de la propia deliberación y confrontación político-criminal, se expresa muy

5. Acerca de «los errores del garantismo», y de la necesidad de su reemplazo por un modelo «bienestarista», véase Díez Ripollés (2013: 89 y ss., 99 y ss.).

6. Al respecto, y en referencia al contexto chileno, véase Wilenmann (2017: 410 y ss.).

7. Sobre el fenómeno en cuestión, y en referencia a la situación chilena, véase Dammert (2013: 39 ss.).

8. Fundamental al respecto, y críticamente, Díez Ripollés (2013: 69 y ss., 103 y ss.).

plásticamente en la habitual caracterización de esos axiomas en la forma de unos así llamados «principios *limitadores* del *ius puniendi*».

Una muestra: el «principio de subsidiariedad»

La irremediable inadecuación que exhibe el principialismo como programa de *contención* de la político-criminal puede comprobarse a través de un análisis de la descripción que, desde ese mismo enfoque, se ofrece de uno de esos pretendidos principios limitadores, a saber: el así llamado «principio de subsidiariedad o de intervención mínima». Considérese, para tal propósito, lo que al respecto plantea Rettig en el recientemente aparecido primer tomo de su manual:

Conforme al principio de subsidiariedad o de intervención mínima, el derecho penal ha de ser la *ultima ratio* o la *extrema ratio* o el último recurso al que hay que acudir a falta de otros medios menos lesivos. La tutela penal sólo debe ser activada cuando no existe otro medio eficaz no penal para salvaguardar el bien jurídico. Sólo se puede intervenir penalmente cuando es absolutamente necesario para la protección de bienes jurídicos, imprescindibles para la convivencia social, frente a los ataques más graves de que son objeto. [...] Si, por el contrario, bastan medios informales tales como la educación, la religión, etc., u otros de carácter jurídico-formal no penal, como el derecho civil, laboral, de familia, etc., [el medio en cuestión] ha de preferirse a la herramienta penal, porque esta constituye la última razón del ordenamiento jurídico (Rettig, 2017: 199-200).

El pasaje es evocativo de un planteamiento que tendría que resultar familiar para cualquier persona iniciada en los estudios universitarios de derecho penal. Pues se trata de un auténtico lugar común en el debate sobre los límites a los que quedaría sometido el ejercicio de la potestad punitiva del Estado.⁹ La amplia adhesión que el mismo tiende a encontrar en la manualística no impide advertir que el planteamiento reposa en algunas dificultades que, en su muy iluminadora contribución al respecto, Gerhard Seher ha llegado a calificar como *aporías*. Según Seher, la usual postulación del principio de subsidiariedad de la intervención penal descansa en las siguientes tres premisas: 1) la hipótesis de que la pena es siempre «el medio de intervención más severo»; 2) una estricta diferenciación de la pregunta por la eficiencia (preventiva) de la reacción penal frente a la pregunta acerca de su fundamento en cuanto reacción

9. Acerca de la infelicidad terminológica implicada en la identificación de tal potestad —y que más bien consiste en una compleja red de potestades cuyo ejercicio está involucrado en la materialización de decisiones de criminalización, persecución, adjudicación y ejecución penal— como «el *ius puniendi* del Estado», por la cual se desconoce que esta última noción técnicamente específica la «pretensión punitiva» que el Estado queda habilitado a hacer valer frente al responsable de un hecho punible, véase Mañalich (2018: 106-107).

merecida; y 3) la asunción de la comparabilidad —y, por ende, de la conmensurabilidad— de la regulación penal con cualesquiera otros mecanismos regulativos a los que el Estado puede echar mano (véase Seher, 2006: 70-71).

Seher observa que la tercera premisa se muestra afectada por la ambigüedad de la expresión «regulación penal», que puede ser superada a través de la distinción analítica entre normas de comportamiento y normas de sanción, entendidas estas últimas como las normas que habilitan a que el respectivo cuadro de funcionarios judiciales y administrativos imponga y ejecute alguna sanción como consecuencia del quebrantamiento de alguna norma de comportamiento (Seher, 2006: 73 y ss.).¹⁰ La desambiguación así obtenida hace posible que el problema de la comparabilidad, al que alude la tercera premisa, sea planteado con mayor claridad. Como Seher mismo lo sugiere, la pregunta aquí relevante no admite ser formulada como la disyuntiva «¿norma de comportamiento o norma de sanción?», sino que consiste, más bien, en «cuándo una norma de comportamiento habría de ser *complementada* a través de una sanción o especialmente a través de una pena» (Seher, 2006: 75).

Con ello, el problema de la comparabilidad queda redefinido como atingente a la «comprobación del efecto de las diferentes formas de sanción», penal y no penal, que en principio tendría que quedar entregada a la indagación empírica (véase Seher, 2006: 75). Pero no deberíamos esperar obtener una respuesta suficientemente clara al problema de la comparabilidad en el nivel empírico. ¿O es que acaso estamos inclinados a pensar, por ejemplo, que el debate acerca de la conveniencia —para no decir «necesidad»— del recurso a sanciones penales, y no sólo a multas administrativas, como reacción a comportamientos constitutivos de «corrupción entre privados» podría verse empíricamente zanjado?

Seher apunta que la puesta en vigor de una norma de sanción penal no suele ser enjuiciada en términos de si ella es empíricamente necesaria, sino más bien de si parece posible prescindir de ella (Seher, 2006: 76). Esto último sugiere que la preocupación usualmente expresada a través de la postulación de un pretendido principio de subsidiariedad es, bajo su mejor formulación, una preocupación de proporcionalidad, pero de índole irrestrictamente normativa. Pues siendo difícil negar que la eficacia intimidatoria de una norma de sanción penal será mayor según más trivial sea la norma de comportamiento quebrantada, ello difícilmente nos llevaría a proclamar que una sanción de cárcel sería adecuada para quien quebrante la prohibición de estacionar su automóvil en un lugar no habilitado para ello. Antes bien, sólo la importancia relativa de la norma de comportamiento que ha de verse reforzada a través de la respectiva regulación sancionatoria podría orientar la respuesta a la pregunta de si esta regulación debe ser penal (Seher, 2006: 76-77). Y como también observa Seher,

10. Para una defensa del carácter teóricamente irrenunciable de esa misma distinción, destacando los paralelismos existentes entre los enfoques de Binding y Hart, véase Mañalich (2012: 578 y ss.).

ello es indisociable del *significado desaprobatorio* que es socialmente reconocido a la reacción penal, desaprobación que, en el marco de una práctica punitiva (contingentemente) sometida al principio de culpabilidad, se ve redefinida en la forma de un *reproche* dirigido a la persona a quien es imputable el comportamiento desaprobado (Seher, 2006: 78 y ss.).

La consecuencia que se seguiría de ello parece difícil de soslayar. En el nivel de la formulación de la respectiva decisión regulativa, advierte Seher, «la pena [...] nunca es *ultima ratio* en el repertorio estatal de regulaciones, sino justamente lo contrario: la pena es la *prima ratio* [...] para la comunicación de la desaprobación y del reproche» por el quebrantamiento de normas cuya transgresión es considerada socialmente insoportable, así como para inhibir, como consecuencia indirecta de esa desaprobación, quebrantamientos futuros de las normas en cuestión (Seher, 2006: 81).

Aquí no interesa, ni tampoco sería posible, ofrecer una fundamentación mínimamente persuasiva de las premisas a partir de las cuales Seher argumenta a favor de semejante inversión de la tradicional caracterización de la intervención penal como *ultima ratio*.¹¹ Sólo viene al caso, más bien, llamar la atención sobre la naturaleza manifiestamente controversial de esas premisas. Pero constatar esto último significa, al mismo tiempo, constatar la naturaleza asimismo controversial de las premisas en las que se apoya la caracterización tradicional que Seher persuasivamente impugna. Y lo que no puede ser pasado por alto es que se trata, en uno y otro caso, de premisas *políticamente* controversiales. Esta «politicidad» de las premisas capaces de orientar la dirección de la política criminal sólo puede resultar incómoda para quienes pretenden sublimar el carácter auténticamente político de toda *política* criminal, en la forma de una axiología ideológicamente aséptica a la que los cultores de la técnica jurídica tendríamos un acceso epistémicamente privilegiado.¹²

Politización vía democratización

Esto último ha sido denunciado, con toda radicalidad, por Gärditz, en referencia inmediata al estatus susceptible de ser atribuido al principio de *ultima ratio* en consideración de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (Gärditz, 2016: 642 y ss.). La denuncia reza como sigue: la promoción de una agenda favorable a un modelo de «derecho penal mínimo» —con independencia de lo que esto pudiera más precisamente significar— no puede quedar encubierta bajo una pretensión de cientificidad, así como tampoco bajo la postulación de supuestos constreñimientos

11. Al respecto, véase Mañalich (2013: 167 y ss., 185 y ss.). El punto de vista allí defendido es del todo coincidente con la convincente crítica a la que Jareborg sometiera la tradicional comprensión del principio de *ultima ratio* (cf. Jareborg, 2005: 524 y ss., 532 y ss.).

12. Como aquí, ya Kindhäuser (2009: 963-964).

constitucionales que, en vez de fijar el muy vasto campo de juego que en el marco de un Estado de derecho se abre para la disputa entre programas alternativos de política criminal, resolverían esa misma disputa a favor de uno de esos programas (véase Gärditz, 2016: 649-650).

Es interesante que la denuncia de Gärditz se inserte en una creciente convergencia de teóricos del derecho penal, algunos adscritos a la tradición del derecho europeo continental y otros a la del *common law*, en cuanto a la urgencia de una repolitización de la discusión sobre sus fundamentos y sus límites. Esto vuelve impostergable que los penalistas académicos asumamos que el discurso de la dogmática jurídica es *uno*, y *sólo uno*, de los variados discursos que es necesario integrar reflexivamente en pos de una teorización comprensiva de los sistemas penales contemporáneos, discursos entre los cuales también figura, y de forma insustituible, el de la filosofía política.¹³

En este último registro es posible esbozar la perspectiva que se abre si el enfoque provisto por el ideario de la democracia radical se pone al servicio de una auténtica repolitización de la política criminal.¹⁴ Una razón por la que un enfoque como este puede resultar merecedor de consideración aparece sugerida en la obra de Peter Ramsay, uno de sus principales promotores en el debate político-criminal anglosajón de los últimos años. A propósito del ya mencionado fenómeno del populismo punitivo, él ha observado que es «un error entender la política contemporánea sobre la justicia criminal como políticamente popular», pudiendo ser tomada, en cambio, «como uno entre varios síntomas de la impopularidad de la política y de un declive de la participación en la vida pública» (Ramsay, 2016: 84).¹⁵ Con ello, Ramsay sugiere una estrategia que se encuentra en las antípodas del remedio que Pettit se permitiera prescribir para intentar contrarrestar la inequívoca tendencia hacia el inflacionismo punitivo que era posible detectar a comienzos de la primera década de este siglo, a saber: la de institucionalizar un *penal policy board* de integración compleja que, operando análogamente a un banco central, y gozando así de un grado de considerable (mas no plena) autonomía frente a los poderes ejecutivo y legislativos, emitiera recomendaciones de «tarifas» punitivas que, siendo validadas por la legislatura, pudieran convertirse en pautas vinculantes para la fijación de las penas (cf. Pettit, 2002: 440 y ss.).

13. Al respecto, véase la perspectiva panorámica recientemente ofrecida por Gómez Lanz (2018), en cuanto a las relaciones susceptibles de ser reconocidas entre la filosofía política y la filosofía del derecho penal. Es llamativo, con todo, que su enfoque se mantenga exclusivamente referido a la ya muy frecuentemente considerada confrontación entre liberalismo y comunitarismo. Respecto de algunas implicaciones de un modelo de derecho penal democrático, suficientemente diferenciado de los idearios liberal y comunitarista, y en referencia inmediata a la obra de Duff, véase Mañalich (2017: 181 y ss., 198 y ss.).

14. Sobre el proyecto filosófico-político de la democracia radical, véase Mouffe (1999: 27 y ss., 39 y ss.). Para el esbozo de su aplicación al campo de la teoría de la constitución, véase Mañalich (2015: 255 y ss.).

15. La asociación criticada por Ramsay aparece validada, por ejemplo, por Díez Ripollés (2013: 78 y ss.).

La propuesta de Pettit descansa en una cuidadosa descripción de lo que él mismo denominara la «dinámica de indignación», conducente al progresivo endurecimiento de las sanciones susceptibles de ser impuestas como penas (Pettit, 2002: 429 y ss.). Aquí sólo importa advertir que una condición especialmente favorecedora de la activación recursiva de semejante dinámica parece hallarse en el hecho de que, contemporáneamente, la vulnerabilidad frente a la delincuencia se constituya como la marca que define el estatus de un ciudadano que, ante todo, se identifica como una víctima potencial,¹⁶ tal lo cual ciertamente resuena la advertencia de Giglioli en cuanto a que «la víctima es el héroe de nuestro tiempo» (Giglioli, 2017: 11). Y como Ramsay lo ha advertido, una justificación propiamente liberal de la potestad punitiva del Estado, que tendría que entenderse ejercida en pos de reafirmar el respeto por la igual dignidad de los individuos que cuentan como agentes morales, no puede más que descansar en «la comprensión del crimen como una relación entre un perpetrador y una víctima» (Ramsay, 2016: 88). Frente a esto, y como contrapartida, una justificación democrática de esa misma potestad sólo podría orientarse a la reafirmación del igual derecho de todo ciudadano a tomar parte en la praxis del autogobierno, lo cual tendría que descansar en una comprensión (abstracta) del crimen como «una negación práctica de la existencia de los derechos de la personalidad», entendidos éstos como presupuestos de la participación individual en la deliberación política (Ramsay, 2016: 93).¹⁷

El *quid* del argumento de Ramsay a favor de su particular versión de «retribucionismo democrático» se encuentra en la hipótesis de que la intensificación de la participación de los ciudadanos en una práctica que satisfaga el ideal democrático del autogobierno habría de traducirse en una progresiva reducción de la severidad de las sanciones penales impuestas bajo el derecho del *demos* (Ramsay, 2016: 95 y ss.).

Si la sugerencia de Ramsay es plausible, deberíamos empezar a favorecer un involucramiento activo de los ciudadanos de nuestras presuntas democracias en la ar-

16. Véase Ramsay (2010: 267 y ss.) y, coincidentemente, Díez Ripollés (2013: 77-78). Acerca de la genealogía del así llamado «temor al delito» como categoría del discurso político-criminal de las últimas décadas, véase Dammer (2013: 49 y ss.).

17. Asumir el punto de vista así delineado no supone seguir a Ramsay en su defensa de la suspensión del estatus de ciudadano, y del ejercicio de sus derechos políticos, que necesariamente tendría que acompañar a la ejecución de una pena privativa de libertad. Cuyo argumento se centra en la incompatibilidad que existiría entre la privación de las libertades civiles que conlleva el encarcelamiento, por un lado, y la preservación del vínculo de igualdad política para con la persona encarcelada, por otro Ramsay (2016: 91 s.); detalladamente Ramsay (2013: ss., 429 ss.). Para una propuesta de refutación de este argumento, véase Marshall (2018: 3 y ss.). Acerca de la contradicción performativa implicada en el desconocimiento —bajo el derecho chileno: constitucionalmente previsto— de la ciudadanía del condenado como consecuencia de la imposición de una pena aflictiva, desde el punto de vista de un retribucionismo democrático, véase ya Mañalich (2011: 134 y ss.).

ticulación y orientación de la política criminal que implementan nuestros estados,¹⁸ en vez de pretender monopolizar una pseudociencia que, en los hechos, queda confinada a ocupar el lugar de una colección de axiomas con vocación contrafactual, cuya enunciación se limita a ocupar vastas páginas de nuestros manuales.

Referencias

- DAMMERT, Lucía (2013). *Inseguridad, crimen y política*. Santiago: RIL editores.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2003). *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2013). *Política criminal y derecho penal*. 2.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÄRDITZ, Klaus Ferdinand (2015). *Staat und Strafrechtspflege*. Paderborn: Ferdinand Schöningh.
- . (2016). «Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz». *Juristen Zeitung*, 71 (13): 641-650.
- GÓMEZ LANZ, Javier (2018). «La filosofía del derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales». *Indret*, 3/2018. Disponible en http://www.indret.com/pdf/1396_1.pdf.
- GIGLIOLI, Daniele (2017). *Crítica de la víctima*. Barcelona: Herder.
- HELLER, Hermann (1930). *Las ideas políticas contemporáneas*. Barcelona y Buenos Aires: Labor.
- JAREBORG, Niels (2005). «Criminalization as Last Resort (*Ultima Ratio*)». *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2: 521-534.
- KINDHÄUSER, Urs (2009). «Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung — Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?». *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 121 (4): 954-964.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2011). «Pena y ciudadanía». En Urs Kindhäuser y Juan Pablo Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. 2.^a ed. (pp. 115-146). Montevideo y Buenos Aires: BdF.
- . (2012). «Reglas primarias de obligación. Las «reglas del derecho penal» en *El concepto de derecho* de H. L. Hart». *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2012: 571-585. Disponible en: http://zis-online.com/dat/artikel/2012_11_716.pdf.
- . (2013). «Justicia, propiedad y prevención». En Juan Pablo Mañalich (coord.), *El derecho penal en la Universidad de Chile* (pp. 167-187). Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- . (2015). «La democracia como programa constitucional: El lugar de los derechos

18. Para una muestra de confianza en la democratización del debate político-criminal, véase Varona (2016: 167 y ss.), quien da cuenta de los resultados de la implementación experimental de una «encuesta deliberativa» diseñada según el método elaborado por Fishkin.

- fundamentales». En Eduardo Chia y Flavio Quezada (eds.), *Propuestas para una nueva constitución* (pp. 253-261). Santiago: Instituto Igualdad, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Fundación Friedrich Ebert.
- . (2017). «Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff». *Discusiones*, 17: 167-219.
- . (2018). *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*. Santiago: Thomson Reuters.
- MARSHALL, Pablo (2018). «Voting from prison: against the democratic case for disenfranchisement». *Ethics and Global Politics*, 11: 1-16.
- MOUFFE, Chantal (1999). *El retorno de lo político*. Barcelona y Buenos Aires: Paidós.
- . (2007). *En torno a lo político*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- ORTIZ DE URBINA, Iñigo (2007). *La excusa del positivismo*. Madrid: Thomson/Civitas.
- PETTIT, Philip (2002). «Is Criminal Justice Politically Feasible?». *Buffalo Criminal Law Review*, 5: 427-450.
- RAMSAY, Peter (2010). «Overcriminalization as Vulnerable Citizenship». *New Criminal Law Review*, 13 (2): 262-285.
- . (2013). «Voters should not be in Prison! The rights of prisoners in a democracy». *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 16 (3): 421-438.
- . (2016). «A Democratic Theory of Imprisonment». En Albert Dzur, Ian Loader y Richard Sparks (eds.), *Democratic Theory and Mass Incarceration* (pp. 84-113). Nueva York: Oxford University Press.
- RETTIG, Mauricio (2017). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos, tomo I*. Santiago: DER ediciones y Universidad Alberto Hurtado.
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2012). «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites del derecho penal». En Ricardo Robles Planas (ed.), *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (pp. 19-47). Barcelona: Atelier.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (2012). *Fundamentos de política criminal*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons.
- SEHER, Gerhard (2006). «Kann Strafrecht „subsidiär« sein? Aporien eines „unbestrittenen« Rechtsgrundsatzes». En Andrew von Hirsch, Kurt Seelmann y Wolfgang Wohlers (coords.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Straf begründung* (pp. 70-82). Baden-Baden: Nomos.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- VARONA, Daniel (2016). *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: Razón y emoción en el camino hacia un derecho penal democrático*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons.
- WILENMANN, Javier (2017). «Control institucional de decisiones legislativas político-criminales». *Estudios Constitucionales*, 15 (2): 389-446.

Reconocimientos

Una versión preliminar del presente trabajo fue presentada como ponencia en el marco de la VIII Jornada de Derecho Penal y Primer Coloquio sobre Política Criminal y Criminología, que tuvo lugar en Rancagua el 7 de septiembre de 2018, bajo la organización conjunta de la Universidad de O'Higgins, la Corte de Apelaciones de Rancagua y la Fiscalía Regional de la Sexta Región. Vayan mis agradecimientos para las tres instituciones organizadoras. Agradezco, asimismo, al ayudante *ad honorem* Felipe Bonzi por su generosa ayuda en la revisión del texto.

Sobre el autor

JUAN PABLO MAÑALICH R. es abogado, doctor en Derecho y profesor titular del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es jpmanalich@derecho.uchile.cl.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro
(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.cl).