

Concepciones populares y reforma del derecho penal

Marcelo Ferrante*

I

Las reformas del derecho penal son una cuestión siempre candente en países como los nuestros, con niveles relativamente altos de criminalidad. Cómo encarar la cuestión de una posible reforma del derecho penal es, pues, una pregunta que no podemos dejar de hacernos. En este ensayo me concentro en el tipo de consideraciones que deben guiar la reforma del derecho penal. En especial, evalúo una propuesta según la cual las reglas del derecho penal, en particular las reglas de distribución de la responsabilidad penal, deben reflejar perfectamente las concepciones morales predominantes en la comunidad. Para facilitar la discusión, identificaré a esta propuesta como la propuesta del enfoque de la credibilidad moral. Sus defensores más prominentes son el teórico del derecho penal Paul H. Robinson y el psicólogo social John M. Darley.¹

De acuerdo con esta propuesta —que más adelante presentaré con algún detalle— la consideración principal a la hora de encarar la posible reforma de una regla cualquiera del derecho penal, por ejemplo la regla de castigo diferencial para tentativas y delitos consumados,² es cuál es la visión popular predominante en la comunidad acerca de lo regulado por la regla en cuestión. En el ejemplo de la regla de castigo diferencial de tentativas y delitos consumados, lo decisivo es

* Profesor de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires, Argentina).

¹ Cf. Paul H. Robinson & John M. Darley, *Justice, Liability & Blame. Community Views and the Criminal Law* (Boulder: Westview Press, 1995); Paul H. Robinson & John M. Darley, “The Utility of Desert,” 91 *Nw. U. L. Rev.* 453 (1997); Tom R. Tyler & John M. Darley, “Building a Law-Abiding Society: Taking Public Views About Morality and the Legitimacy of Legal Authorities into Account when Formulating Substantive Law,” 28 *Hofstra L. Rev.* 707 (2000); Paul H. Robinson, “Testing Lay Intuitions of Justice: How and Why?,” 28 *Hofstra L. Rev.* 611, 613-4 (2000); Paul H. Robinson, “The Role of Moral Philosophers in the Competition Between Deontological and Empirical Desert,” (May 2006) (University of Pennsylvania Law School, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 06-39, Social Science Research Network Electronic Paper Collection); Paul H. Robinson, “How Psychology is Changing the Punishment Theory Debate,” en *Law and Psychology. Current Legal Issues 2006* (Belinda Brooks-Gordon & Michael Freeman eds., Oxford: Oxford University Press, 2006), 94-104.

² Una regla de castigo diferencial de tentativas y delitos consumados establece que los autores de delitos consumados deben ser castigados con penas mayores que las aplicables *ceteris paribus* para las tentativas correspondientes.

cuál es la visión predominante acerca de cómo deben castigarse las tentativas que fracasan en comparación con los correspondientes delitos consumados. Si, como indica la evidencia disponible, la visión popular prevaleciente es que los autores que consuman sus delitos deben ser castigados más severamente que aquellos que fracasan,³ entonces, según esta propuesta, debemos mantener la regla existente de castigo diferencial (o bien, en las pocas jurisdicciones donde rige una regla de castigo igualitario, debemos reformar el derecho penal y adoptar una regla de castigo diferencial).⁴

La discusión que aquí propongo sobre los tipos de consideraciones que han de guiar las reformas del derecho penal estará sujeta, así, a una doble restricción. En primer lugar, la discusión estará limitada a la evaluación de la propuesta del enfoque de la credibilidad moral y, por lo tanto, a la pregunta de si y en qué medida las concepciones populares predominantes deben ser una consideración relevante para la reforma del derecho penal *en el sentido propuesto por este enfoque*. En segundo lugar, la propuesta se centra en la reforma de reglas de *distribución* de la responsabilidad penal, y no en la reforma de otros aspectos del derecho penal.⁵ Las reglas de distribución de la responsabilidad penal son aquellas que especifican los criterios de culpabilidad y su traducción en tipos y cantidades de penas. Ellas se distinguen especialmente de las reglas que definen las clases de conductas punibles, como el homicidio, el abuso sexual, el robo, etc.

³ Algunos de los hallazgos en esta dirección provienen de Robinson & Darley, *Justice, Liability & Blame*, *supra* n. 1, esp. 14-28, y 181-9. Norman Finkel ha reportado también hallazgos equivalentes: cf. Norman J. Finkel, Stephen T. Maloney, Monique Z. Valbuena & Jennifer L. Groscup, "Lay Perspectives on Legal Conundrums. Impossible and Mistaken Act Cases," 19 *Law & Hum. Behav.* 593 (1995); Norman J. Finkel, "Commonsense Justice, Culpability, and Punishment," 28 *Hofstra L. Rev.* 669, 683-6 (2000).

⁴ Robinson & Darley, *Justice, Liability & Blame*, *supra* n. 1, p. 206 (donde esgrimen el argumento de que los derechos penales "ought to distinguish and punish more severely instances where the prohibited harm actually occurs or the prohibited conduct is actually consummated, as compared to instances where the harm or evil is only intended (but not carried to completion)").

⁵ La idea de distribución de la responsabilidad penal proviene de H.L.A. Hart, quien la introdujo para distinguir dos aspectos o "niveles" de la justificación del castigo estatal. H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 1968).

Desarrollo mi argumentación del modo que sigue. En una primera sección (II) presento algunas nociones básicas que servirán después para dar cuenta de la propuesta del enfoque de la credibilidad moral (cosa que hago en III). En la sección siguiente (IV), muestro que la propuesta está basada en presupuestos empíricos débiles. En la sección V ataco la propuesta con el argumento de que ella implica una forma de manipulación impermisible. Finalmente objeto las presuntas credenciales democráticas de la propuesta sosteniendo que ella presupone una visión defectuosa de la democracia (VI). Cierro el ensayo con una conclusión muy breve (VII).

II

Para introducir la propuesta del enfoque de la credibilidad moral propongo partir de la siguiente visión del derecho penal. El derecho penal es centralmente una práctica retributiva. Presupuesto un conjunto cualquiera de deberes de primer orden cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad penal (p. ej., no matar a otros, no abusar sexualmente de otros, no robar, etc.), los juicios de responsabilidad penal tienden a reflejar los juicios correspondientes de reprochabilidad o culpabilidad moral por la violación de esos deberes. Las reglas jurídicas de distribución de la responsabilidad penal pretenden así a capturar las condiciones (independientes del derecho penal) de la reprochabilidad moral o, lo que es lo mismo, del *merecimiento* de castigo.⁶

Esta visión del derecho penal como una práctica retributiva es sólo una *explicación* de lo que hacemos bajo la rúbrica del derecho penal. Esa explicación es la que mejor da cuenta de los conceptos centrales del derecho penal, del punto de vista de los agentes involucrados en la práctica jurídico-penal e incluso de las expectativas de quienes la observan desde un punto de vista, di-

⁶ Cf. Joel Feinberg, “The Expressive Function of Punishment,” en Joel Feinberg, *Doing & Deserving. Essays in the Theory of Responsibility* (Princeton: Princeton University Press, 1970), 95-118; sobre la noción de merecimiento en general, y de merecimiento de castigo en particular, cf. George Sher, *Desert* (Princeton: Princeton University Press, 1987); David Schmidtz, “How to Deserve,” 30 *Pol. Theory* 774 (2002), esp. 775-8.

gamos, externo —aun para el utilitarista más duro, la condena penal de quien es moralmente inocente es una anomalía.⁷

La explicación del derecho penal como práctica retributiva es consistente con una *justificación* del derecho penal que prescinda de las nociones de merecimiento, culpabilidad moral y justicia retributiva. La pregunta por la justificación del derecho penal, esto es, la pregunta acerca de si, y por qué, debemos adoptar la práctica retributiva que llamamos derecho penal, bien puede tener una respuesta consecuencialista. Por ejemplo, la razón por la que debemos adoptar un derecho penal (esa práctica retributiva) bien puede ser porque con él estamos mejor de lo que estaríamos con cualquiera de sus alternativas posibles, quizá en el sentido de que así se minimiza el total de los daños de los comportamientos que juzgamos criminales y los daños semejantes que se producen al intentar prevenirlos.⁸

Dada esta visión del derecho penal, es fácil entender por qué surgen conflictos alrededor de la cuestión del tipo de consideraciones relevantes para guiar las reformas del derecho penal. Por un lado se alza el *enfoque retributivista*, según el cual las consideraciones relevantes en la evaluación de las reglas de distribución de la responsabilidad penal están relacionadas con el merecimiento de las personas y así, en última instancia, con los rasgos valiosos que nos distinguen y nos hacen personas morales.⁹ Es habitual en este enfoque objetar, por ejemplo, las reglas de

⁷ J.J.C. Smart es quizá el único utilitarista que está dispuesto a mantener su visión utilitarista de la responsabilidad penal aceptando la posibilidad de que ella lo comprometa con la aprobación del castigo de inocentes. Aun él, sin embargo, reconoce que esta implicancia es un problema para el utilitarismo. En su defensa sólo esgrime el hecho de que las alternativas al utilitarismo implican *otros* problemas tal vez más serios. Cf. J.J.C. Smart, “An Outline of a System of Utilitarian Ethics,” en J.J.C. Smart & Bernard Williams, *Utilitarianism For & Against* (Cambridge: Cambridge University Press, 1973), 3-74, esp. 69-72.

⁸ Esta concepción de dos niveles de justificación, uno interno a la práctica y de carácter retributivo, y otro externo de carácter consecuencialista, fue bien articulada por Rawls; cf. John Rawls, “Two Concepts of Rules,” 64 *Phil. Rev.* 3-32 (1955), reimpresso en *Theories of Ethics* (Philippa Foot ed., Oxford: Oxford University Press, 1967), 144-70, esp. 145-53.

⁹ Cf. Schmidz, “How to Deserve,” *supra* n. 6, p. 775: “[T]o judge a person deserving is to respond to features of the person that we judge to be of value. To judge Bob deserving of X is to judge Bob worthy of X. Intuitively (although admittedly this is less obvious), to acknowledge that there are things Bob can do to be deserving X is at some level

castigo diferencial de tentativas y consumaciones, porque, se aduce, no es posible encontrar una diferencia de reprochabilidad moral entre los autores que consuman y los que fracasan en sus intentos cuando todo lo demás es igual.¹⁰

Las alternativas al enfoque retributivista apelan a consideraciones relacionadas con la obtención de los objetivos preventivos que pueden justificar la adopción del derecho penal. La alternativa dominante es la que proviene del *enfoque de la disuasión*. De acuerdo con este enfoque, lo que debe guiar la reforma es el aumento eficiente de la capacidad disuasoria del derecho penal. Así, por ejemplo, habrá razones para modificar una regla de castigo diferencial de tentativas y delitos consumados sólo si una regla de castigo igualitario (i.e., no diferencial) implicaría una mejora eficiente en los efectos disuasorios que produce la regla de castigo diferencial —algo que, dicho sea de paso, es difícil de determinar.¹¹

El enfoque de la credibilidad moral de Paul Robinson y John Darley, como el enfoque de la disuasión, identifica como razones para guiar la reforma del derecho penal factores relacionados con su eficacia preventiva. Sin embargo, parte de la idea de que es en vano intentar mejorar el efecto preventivo del derecho operando sobre su mecanismo disuasorio (la amenaza de castigo).¹² Lo que corresponde hacer, de acuerdo con este enfoque, es aumentar la percepción social de que el derecho penal es una fuente creíble de información moral (esto es, información acerca de lo que debe y no debe hacerse) lo que se logra —y esta es la propuesta que quiero

to acknowledge that Bob is a person. Something roughly like this is implicit in normal deliberation about what a person deserves.”

¹⁰ Cf., p. ej., Joel Feinberg, “Criminal Attempts. Equal Punishments for Failed Attempts”, en Joel Feinberg, *Problems at the Roots of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), 77-102.

¹¹ Cf. Marcelo Ferrante, “Deterrence and Crime Results,” 10 *New Criminal Law Review* 1 (2007), en donde muestro cuáles son las condiciones en las cuales es probable que una regla de castigo diferencial sea preferible, en el sentido del enfoque de la disuasión, a una regla de castigo igualitario.

¹² De hecho, Robinson y Darley son autores de un excelente trabajo de revisión de la literatura empírica más reciente sobre los efectos disuasorios del derecho penal, la que tiende a no encontrar efectos disuasorios significativos atribuibles a reformas de reglas de distribución de la responsabilidad penal; cf. Paul H. Robinson & John M. Darley, “Does Criminal Law Deter? A Behavioral Science Investigation,” 24 *Oxford Journal of Legal Studies* 173 (2004).

evaluar aquí— adoptando como reglas jurídicas de distribución de la responsabilidad aquellas que reflejen las creencias populares sobre cómo debe ser el derecho penal. Dado que la evidencia disponible indica con claridad que las intuiciones populares sobre la responsabilidad penal son de naturaleza retributiva,¹³ el enfoque de la credibilidad moral favorece la adopción de reglas de distribución de la responsabilidad penal de contenido aparentemente retributivo. Sin embargo, a diferencia del enfoque retributivista, lo que debe guiar la actividad legislativa no es la pretensión de responder al merecimiento genuino de las personas (i.e., hacer justicia retributiva), sino la de reflejar las opiniones populares dominantes, sean éstas cuales sean.¹⁴

III

La propuesta del enfoque de la credibilidad moral es la conclusión del argumento que reconstruyo a continuación.¹⁵ Primero, la mayoría de las personas se abstiene de cometer delitos no porque las disuade la amenaza de castigo penal, sino en primer lugar por razones morales, esto es, porque creen que abstenerse de cometer esas conductas es lo correcto, lo que deben hacer.

Segundo, la gente toma la información moral acerca de qué es lo correcto de muchas fuentes sociales distintas, pero entre ellas el derecho penal ocupa un lugar importante. Especialmente en casos de falta de certeza acerca de los deberes morales en juego, la gente muy a menudo toma

¹³ Cf. Julian V. Roberts, & Loretta J. Stalans, *Public Opinión, Crime, and Criminal Justice* (Boulder: Westview Press, 2000), 199-2002 (quienes trabajan con investigación de opinión pública); y Jonathan Baron, “Nonconsequentialist Decisions,” 17 *Behav. & Brain Sci.* 1 (1994), reimpresso en *Judgment and Decision Making* (Terry Connolly, Hal R. Arkes & Kenneth R. Hammond eds., 2ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2000) 712-32 (con evidencia experimental).

¹⁴ Nótese que la propuesta del enfoque de la credibilidad moral presupone el contexto institucional de una democracia constitucional con las restricciones liberales habituales. Si las opiniones predominantes son moralmente monstruosas, o sencillamente contrarias a principios constitucionales, la propuesta no implica que deben adoptarse reglas moralmente monstruosas o inconstitucionales. La propuesta pretende guiar la acción de quienes han de crear las políticas públicas dentro de los márgenes de lo constitucionalmente permisible.

¹⁵ Cf., en especial, Robinson & Darley, *Justice, Liability & Blame*, *supra* n. 1, pp. 5-7, 201-3; y, más detalladamente, Robinson & Darley, “The Utility of Desert,” *supra* n. 1.

del derecho penal sus juicios acerca de qué es incorrecto. Ninguno de estos dos puntos necesita de una defensa especial. Ambos cuentan con buena evidencia empírica en su apoyo.¹⁶

Tercero, las reglas jurídico-penales pueden entrar en conflicto con las creencias morales de los individuos. Cuando un conflicto de esta clase ocurre entre una regla legal y una creencia de una persona, la persona puede o bien mantenerse en su creencia y tratar a la regla legal como un error, o bien revisar de algún modo su juicio inicial.¹⁷ Si la persona se mantiene en su creencia, y la regla pretende guiar su comportamiento, la persona carecerá por ello de una razón para obedecer la regla legal que cree errónea. Esto no equivale a decir que no tendrá *ninguna* razón para observar la regla; la persona bien puede tener otras razones para cumplir, distintas del acuerdo moral (p. ej., puede verse disuadida por una amenaza de castigo penal para quienes violan la regla). El punto es que la persona estará menos inclinada a obedecer la regla de lo que estaría si la regla no entrara en conflicto con sus creencias morales. Generalizando esta observación se puede formular la *tesis del acuerdo*, según la cual las reglas que son vistas como correctas son más probablemente obedecidas que aquellas que son consideradas incorrectas.

La tesis del acuerdo se limita a los conflictos entre creencias morales y reglas jurídicas que imponen deberes de primer orden. Robinson y Darley creen que la tesis del acuerdo no agota los efectos del rechazo moral de las reglas jurídicas sobre el cumplimiento del derecho. Ellos postulan que, para la persona que rechaza el contenido de las reglas jurídicas, el conflicto puede socavar la misma “credibilidad moral” del derecho penal como una fuente confiable de autoridad moral: la persona puede creer que así como esa regla es moralmente errónea, otras también pueden serlo; y así será menos probable que esta persona tome al derecho penal como fuente de au-

¹⁶ Cf. Robinson & Darley, “The Utility of Desert,” *supra* n. 1, 468-77, con referencias.

¹⁷ Alex Geisinger, “A Belief Change Theory of Expressive Law,” 88 *Iowa L. Rev.* 35, 55-72 (2002), ofrece una explicación plausible de cómo el derecho puede producir estos cambios en las creencias individuales.

toridad moral en circunstancias en las que *otras* reglas legales (distintas de la que la persona objeto) deban guiar su conducta. Robinson y Darley llaman “generalización del antirespeto” (en inglés *generalization of disrespect*) a este proceso que parte de la objeción al contenido de una regla cualquiera y concluye en el rechazo de la autoridad del derecho en general.¹⁸

La conjetura de la generalización del antirespeto es crucial en el argumento de Robinson y Darley. La tesis del acuerdo sólo puede generar razones (si acaso las genera) para hacer que las reglas que imponen deberes de primer orden coincidan con las intuiciones morales predominantes en la comunidad. Pero Robinson y Darley están interesados en buscar razones para hacer que las reglas de distribución de la responsabilidad coincidan con a las intuiciones morales populares. Lo que confiere esas razones es el riesgo de generalización del antirespeto: la probabilidad significativa de que una regla de distribución de la responsabilidad que choca con creencias morales dominantes en la comunidad dispare el proceso de generalización del antirespeto es lo que da una razón para adecuar la regla a la intuición dominante.

En suma, de acuerdo con el argumento de Robinson y Darley, algunas discrepancias entre los contenidos del derecho penal y las creencias morales que las personas tienen independientemente del derecho pueden restarle credibilidad moral al derecho penal. La capacidad de un derecho penal de asegurar el cumplimiento de sus reglas decrece en la medida en que decrece su credibili-

¹⁸ Robinson & Darley, “The Utility of Desert,” *supra* n. 1, pp. 483-5. Un experimento más reciente con 98 estudiantes universitarios ofrece alguna evidencia en respaldo de la conjetura de la generalización del antirespeto—cf. Janice Nadler, *Flouting the Law: Does Perceived Injustice Provoke General Non-Compliance?* (April 2002) (Northwestern University School of Law, Law and Economics Research Paper Series, Research Paper No. 02-9, disponible en Social Science Research Network Electronic Paper Collection). Los participantes del experimento que fueron expuestos a información acerca de la adopción de leyes ellos probablemente percibirían como injustas reportaron una inclinación a cometer un conjunto de actividades ilícitas (tales como conducción bajo los efectos del alcohol, o por encima del límite de velocidad, hurtos menores en supermercados, etc.) un poco mayor que la reportada por los participantes que fueron expuestos a información sobre la adopción de leyes que era probable que ellos percibirían como justas. Cf., sin embargo, Jeremy A. Blumenthal, “Who Decides? Privileging Public Sentiment about Justice and the Substantive Law,” 72 *UMKC L. Rev.* 1, 16-7 & n.104 (2003), quien muestra escepticismo acerca de la conjetura de la generalización del antirespeto y remarca una limitación muy importante del experimento de Nadler, a saber, la conexión incierta entre lo que los participantes reportan que harían (i.e., sus actitudes sobre su posible comportamiento futuro) y su verdadera conducta futura.

dad moral. Si el derecho penal ha de ser configurado de modo que se minimice el incumplimiento de sus reglas, entonces *ceteris paribus* debería ser configurado de modo que se minimicen las chances de desacuerdos relevantes entre el contenido de sus reglas y las creencias populares predominantes.

IV

El primer defecto de la propuesta del enfoque de la credibilidad moral que quiero mostrar es empírico: el argumento de Robinson y Darley se asienta sobre la exageración de la posibilidad de la generalización del antirespeto. Si, como creo más probable, el riesgo de generalización del antirespeto a partir de la adopción de reglas de distribución de la responsabilidad que no se ajustan perfectamente a las creencias populares es trivial, entonces el posible atractivo de la propuesta se desmorona.

La proposición de Robinson y Darley de que la credibilidad moral del derecho facilita el cumplimiento de sus requerimientos está parcialmente basada en investigaciones de psicología social que indican que las personas típicamente se abstienen de realizar conductas delictivas sobre la base de razones morales, y no (o no tanto) sobre la base de razones prudenciales como el temor a ser sancionado.¹⁹ Sin embargo, como esa misma literatura científica revela, esas razones morales comprenden juicios de, al menos, dos clases distintas: por un lado, juicios acerca de la corrección del *contenido* de las reglas legales (así si, p. ej., cumplimos con la regla que prohíbe matar a nuestro vecino porque creemos, sobre presupuestos morales, que no debemos matarlo, incluso en ausencia de una prohibición legal); y, por otro, juicios acerca de la *legitimidad* de las autoridades para imponer y hacer cumplir esas reglas (así si, p. ej., cumplimos con la prohibición

¹⁹ El mejor ejemplo de esta literatura es Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law* (New Haven: Yale University Press, 1990) (presenta un estudio sobre 1.575 personas del área de Chicago y revisa los estudios relevantes anteriores).

legal de no matar a nuestro vecino porque creemos que debemos cumplir con el derecho cualquiera que sea su contenido). En otras palabras, las razones morales para cumplir con el derecho que las personas de hecho tienden a tomar en cuenta no necesariamente involucran la creencia de que el contenido del derecho es moralmente adecuado; pues también encuentran razones morales para cumplir cuando creen que las autoridades que han creado el derecho, o que lo hacen cumplir, son autoridades legítimas.²⁰

La misma literatura también indica otros dos hechos cruciales. Por una parte, aun cuando la multiplicidad de factores que influencia los juicios intuitivos acerca de la legitimidad de las autoridades es difícil de capturar, hay buena evidencia que muestra que las evaluaciones intuitivas de legitimidad están fuertemente conectadas con evaluaciones acerca de la imparcialidad de los procedimientos mediante los cuales las autoridades toman sus decisiones —y no, o no tanto, con los contenidos particulares de esas decisiones.²¹

Por otra parte, la evidencia disponible también muestra que en casos de conflicto entre razones basadas en la legitimidad y razones basadas en la moralidad del contenido de las reglas jurídicas, son las primeras las que normalmente dominan el comportamiento —esto es, cuando los individuos sienten que las autoridades son legítimas (o que una regla legal ha sido legítimamente impuesta) tienden a cumplir con el derecho (o con la regla legal) aun en caso de que estén en

²⁰ Cf. Tyler, *id.*, pp. 3-4 (“This normative commitment [as opposed to commitment based on calculations of punishment risk] can involve personal morality or legitimacy. Normative commitment through personal morality means obeying a law because one feels the law is just; normative commitment through legitimacy means obeying a law because one feels that the authority enforcing the law has the right to dictate behavior”), 19-68. Cf. también Tom R. Tyler & John M. Darley, “Building a Law-Abiding Society,” *supra* n. 1.

²¹ Cf. Tyler, *supra* n. 19, 71-157; Tyler & Darley, “Building a Law-Abiding Society,” *supra* n. 1, 722-4; Tom R. Tyler, “Trust and Law Abidingness: A Proactive Approach of Social Regulation”, 81 *B. U. L. Rev.* 361 (2001).

desacuerdo con sus disposiciones (esto es, aun cuando crean que su contenido es moralmente objetable).²²

A la luz de estos datos, la proposición de que el desacuerdo con algunas reglas legales particulares hace probable que se dispare el proceso de generalización del antirespeto parece poco confiable. En efecto, la evidencia disponible sugiere que, presupuesto que las reglas son adoptadas a través de mecanismos imparciales, el desacuerdo con ellas no afecta significativamente el cumplimiento.

Ahora bien, es posible que los desacuerdos de contenido sean tales que afecten la percepción de legitimidad de las autoridades jurídicas. La evidencia es débil y principalmente anecdótica. Un ejemplo es el que involucra a cierto grupo de antiabortistas radicales y el derecho declarado por la Corte Suprema de los EEUU en *Roe v. Wade*:

“Este grupo es uno entre muchos en la comunidad antiabortista. Con la creencia de que el aborto es una forma de asesinato, los miembros de este grupo organizaban inicialmente protestas pretendidamente no violentas, siguiendo el modelo del movimiento por los derechos civiles. Ellos sentían que su oposición principista al aborto llevaría a la sociedad a cambiar sus leyes. Sin embargo, fracasaron en ese objetivo y finalmente empezaron a involucrarse en acciones cada vez más violentas, tales como bloquear las entradas de clínicas, como actos de desobediencia civil. Estos actos todavía quedaban dentro del marco del derecho, toda vez que los miembros del grupo aceptaban los arrestos y la prisión/multa como consecuencia de sus acciones. A medida en que pasaba el tiempo y el derecho en materia de aborto no cambiaba, el grupo empezó a incurrir progresivamente en actos de sabotaje en contra de las clínicas. Al principio esos actos se ajustaban como para evitar daños a personas. Sin embargo, con el correr del tiempo, los actos del grupo escalaron hasta la cacería y el asesinato de médicos que realizaban abortos. Lo que esto muestra es cómo, con el correr del tiempo, declinó la visión del grupo de que el derecho y las autoridades legales eran legítimas y dignas de confianza, así como decli-

²² Cf. Tyler, *supra* n. 19, 57-68, quien reporta que “Respondents are almost equally likely to comply with the law because they view it as legitimate whether they think the likelihood of their being caught is high or low, whether or not they think their peers would disapprove of law breaking, and whether or not they think law breaking is morally wrong” (p. 63). Y concluye: “People generally feel that law breaking is morally wrong, and that they have a strong obligation to obey laws even if they disagree with them . . . Law breaking is viewed both as morally wrong and as a violation of an obligation owed to authorities. This high level of normative commitment to obeying the law offers an important basis for the effective exercise of authority by legal officials. People clearly have a strong predisposition toward following the law. If authorities can tap into such feelings, their decisions will be more widely followed” (pp. 64-5). Cf. también, Herbert C. Kelman & V. Lee Hamilton, *Crimes of Obedience: Toward a Social Psychology of Authority and Responsibility* (New Haven: Yale University Press, 1990), 89-90 (quienes sostienen que “[o]nce a demand is categorized as legitimate, the person to whom it is addressed enters a situation where his personal preferences become more or less irrelevant as determinants of behavior”); Tyler & Darley, “Building a Law-Abiding Society,” *supra* n. 1, pp. 735-6, discuten más evidencia en la misma dirección.

nó su respeto por el estado de derecho. La fuerza rectora de este declive fue su incapacidad para cambiar el derecho de modo que fuera más consistente con sus propias visiones morales.”²³

Ejemplos como este sugieren que para que los desacuerdos de contenido disparen procesos de generalización del antirespeto se necesita que las creencias morales con las que las reglas jurídicas chocan sean doblemente fuertes. Por un lado, las creencias deben ser lo suficientemente fuertes como para persistir a pesar de que la fuente generalmente confiable de información moral —i.e., el derecho penal— indica que son incorrectas. Por otro, las creencias deben ser, para quien las tiene, de una importancia tal que la percepción de legitimidad de todo el sistema legal pueda depender de ellas. Estos dos aspectos pueden estar presentes en el ejemplo de los antiabortistas radicales, pero todo indica que ese es un caso *muy* excepcional. En efecto, en la mayoría de los casos las creencias sobre merecimiento de castigo no son fuertes ni siquiera en el primer sentido. De hecho, es parte del argumento del que depende el enfoque de la credibilidad moral el hecho de que las personas tienden a ver en el derecho penal una fuente confiable de información moral y, por lo tanto, a ajustar sus creencias morales a los contenidos de esas reglas jurídicas.²⁴

V

Las dudas respecto de la propuesta del enfoque de la credibilidad moral que expresé en la sección anterior son contingentes y su resolución hacia un lado u otro depende de investigación em-

²³ Tyler & Darley, “Building a Law-Abiding Society,” *supra* n. 1, 730-1 (omito las notas). También refieren a este caso Robinson & Darley, “The Utility of Desert,” *supra* n. 1, pp.482-3.

²⁴ Cf. *supra* texto correspondiente a n. 16. Por eso sorprende la interpretación que John Darley *et al.* hacen del hallazgo de que los participantes de un experimento tienen creencias morales que coinciden con su visión errada de cómo es el derecho penal vigente. Cf. John M. Darley, Catherine A. Sanderson, & Peter S. LaMantia, “Community Standards for Defining Attempt: Inconsistencies with the Model Penal Code”, 39 *Am. Behav. Scientist* 405 (1996). Para Darley *et al.* “esa asociación significa que los sujetos [que desconocen el contenido del derecho penal vigente] tienen intuiciones claras” acerca del castigo que merecen los personajes de los casos hipotéticos que consideran y “piensan que el código [penal vigente] es moralmente apropiado y debe así acordar con sus juicios” (p. 419). Lo cierto es que la evidencia es igualmente consistente con la interpretación opuesta según la cual los participantes conforman sus creencias a la visión (que resultó ser errada) de cómo es de hecho el derecho penal —de modo que, si hubieran tenido información correcta acerca del contenido del derecho, sus respuestas bien podrían haber sido otras.

pírica con la que aún no contamos. En esta sección quiero expresar una duda más fundamental. Si mis observaciones anteriores indican un déficit en el respaldo empírico de la propuesta, las observaciones que haré en lo que sigue resaltan un déficit ético y político.

Mi impresión es que el legislador o creador de políticas públicas que adopta la propuesta del enfoque de la credibilidad moral cae en esa medida en una forma de trato de los otros individuos a quienes está dirigido el derecho penal que es éticamente condenable. Para explicar por qué, usaré el ejemplo siguiente.

Supongamos que en una comunidad imaginaria y muy simplificada (pero con derecho penal) está en juego la reforma de una regla de excepción de la responsabilidad penal por incapacidad mental. La posición predominante entre los ciudadanos legos de esta comunidad es, imaginemos, que *sólo* puede beneficiarse con esa defensa quien sea incapaz de comprender razones de tipo moral (quien sea incapaz, para expresar la regla en su versión más cinematográfica, de “distinguir el bien del mal”). Llamemos a la regla que captura este juicio *regla M’Naghten* en honor al caso británico en el que la Cámara de los Lores la sostuvo.²⁵ Reglas menos estrictas son habituales en el derecho penal comparado, como la regla según la cual *también* puede ser exceptuado como incapaz de responsabilidad quien no ha sido capaz controlar su comportamiento a pesar de ser capaz de comprender razones morales (p. ej., si ha sido víctima de un “impulso irresistible”).²⁶ Decir que los ciudadanos legos de esta comunidad adhieren a la regla M’Naghten, y rechazan la regla menos estricta, significa que de hecho ellos no suspenden sus juicios de reprochabilidad moral ante la evidencia de que una persona suficientemente capaz de comprender razones morales cometió un crimen que no pudo razonablemente evitar porque se hallaba, por

²⁵ Cf. 8 *Eng. Rep.* 718 (1843).

²⁶ Esa parece ser la regla, p. ej., en el derecho penal argentino (CP Argentina, art. 34 inc. 1), en el derecho penal alemán (StGB § 20), en el Código Penal Modelo del American Law Institute (MPC § 4.01 (Official Draft and Revised Explanatory Notes 1985)), entre otros.

ejemplo, bajo los efectos de alguna droga, o porque su historia psicológica lo ha hecho especialmente propenso a esos comportamientos. Más aún, estos individuos creen (o quizá sólo sienten) que el delito no es menos *atribuible* al autor (no es menos *su obra*) por el hecho de que en ese momento él no haya podido evitarlo, cuando sí contaba con la capacidad de comprensión moral necesaria; o que, lo que es lo mismo, no condenarlo por ese delito no sería tratarlo como *se merece*.

Imaginemos, por otro lado y para terminar con el ejemplo, que el pequeño grupo de funcionarios que tiene a su cargo la legislación penal adopta la propuesta del enfoque de la credibilidad moral y, por lo tanto, sanciona la regla M’Naghten. Estos funcionarios pueden creer que la regla M’Naghten es correcta en el mismo sentido en que los demás ciudadanos la creen correcta. Pero también puede ser que consideren que ella lleva a castigos inmerecidos y que, por lo tanto, es moralmente objetable. En cualquier caso, la reflexión sobre los méritos de la regla en términos de retribución del merecimiento es para estos funcionarios totalmente irrelevante. Ellos bien podrían tomar la regla desde una perspectiva totalmente externa, como parte de un ritual sin sentido, un residuo atávico, o una curiosidad cultural de las clases populares. Después de todo, ellos sólo la eligen sobre la base del dato de que es tenida por correcta por un número suficientemente grande de personas en la comunidad y con el fin de maximizar la obediencia al derecho mediante el mecanismo de la credibilidad moral.

La relación que estos funcionarios establecen con los demás ciudadanos es condenable, sostengo, por la simple razón de que está basada en una forma de engaño. El engaño aquí no está relacionado con el la identidad o el contenido de la regla adoptada (como lo estaría si, por ejemplo, los funcionarios simularan adoptar una regla pero en rigor adoptarían de algún modo oculto otra regla distinta). Antes bien, el engaño se refiere a la clase de empresa en la que ambas

partes (funcionarios y demás ciudadanos) están involucradas. Los ciudadanos, recordemos, aprueban la adopción legal de la regla M’Naghten no sólo porque ella captura sus juicios intuitivos de merecimiento de castigo, sino porque ven, en general, en el derecho penal una práctica dirigida a expresar mediante el castigo esa clase de juicios.²⁷ En otras palabras, para ellos el juego que se está jugando al adoptar esa regla es el de la institucionalización de la retribución del merecimiento de castigo. Los funcionarios del ejemplo, en cambio, no juegan ese juego sino otro: el juego de la obtención de obediencia, y es parte de su estrategia de juego hacer que los ciudadanos crean que están jugando al juego de la institucionalización de la retribución de merecimiento. De ese modo —así en la visión de los funcionarios— los ciudadanos asignarán credibilidad moral al derecho y estarán más dispuestos a cumplir en general con el derecho. La adopción de la regla M’Naghten tiene por fin fomentar esa apariencia, explotando la creencia errada de los ciudadanos de que las reglas del derecho penal son adoptadas por sus méritos retributivos.

En general, lo que hace condenable a un engaño, lo que da cuenta de su particular incorrección moral, es que quien engaña manipula la voluntad del otro al que el engaño está dirigido.²⁸ Esa clase de manipulación de la voluntad que caracteriza al engaño como forma de incorrección moral en general está presente en la relación particular que los funcionarios establecen con el resto de los ciudadanos del ejemplo. En efecto, los funcionarios buscan determinar comportamientos futuros de parte de los ciudadanos: en especial, obediencia a las reglas jurídicas que impongan deberes de primer orden. Los ciudadanos estarán dispuestos a obedecer esas reglas si

²⁷ Cf. *supra* n. 13 y texto.

²⁸ Cf. James Rachels, “Lying and the Ethics of Absolute Rules,” en James Rachels, *Can Ethics Provide Answers? And Other Essays in Moral Philosophy* (Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1997), 125, esp. 129-31; Barbara Herman, “Moral Deliberation and the Derivation of Duties,” en Barbara Herman *The Practice of Moral Judgment* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993) 132, esp. 154-5; Christine Korsgaard, “Two Arguments against Lying,” en *Creating the Kingdom of Ends* (New York: Cambridge University Press, 1996) 335, esp. 347; Tamar Schapiro, “Kantian Rigorism and Mitigating Circumstances,” 117 *Ethics* 32 (2006), esp. 35-8, 49-51.

creen que los funcionarios son una fuente confiable de información moral, en cuyo caso los deberes que ellos impongan tendrán muy probablemente autoridad moral (esto es, estarán moralmente obligados a cumplirlos). Los funcionarios saben que los ciudadanos juzgarán que el derecho creado por ellos es moralmente creíble si las reglas de distribución de la responsabilidad penal coinciden con las creencias morales de los ciudadanos. Sin embargo, el hecho de que los funcionarios adopten reglas de distribución de la responsabilidad penal que coinciden con las creencias morales populares no es el fundamento del juicio por el cual los ciudadanos le asignan credibilidad moral al derecho. El derecho será moralmente creíble si, por la razón que sea, sus reglas son, digamos, moralmente “verdaderas” (o al menos tienden a serlo con una frecuencia distintivamente alta). Y lo que puede hacer a estas reglas jurídicas reglas moralmente verdaderas no es el hecho de que los ciudadanos las creen verdaderas, sino otra cosa: el hecho de que cumplen con el principio de universalizabilidad Kantiano, o que maximizan la utilidad social neta, o que realizan la voluntad de Dios, o lo que sea. Ciertamente, el fundamento por el cual los ciudadanos creen que sus propias creencias morales son verdaderas no es el hecho de que ellas son sus propias creencias, sino la relación entre las creencias y ese factor objetivo, sea éste cual sea. Así, lo que puede hacer que el derecho sea, para estos ciudadanos, moralmente creíble es la creencia de que los funcionarios que lo producen, por alguna razón, están distintivamente *cerca* de la “verdad moral” (o al menos, más cerca de lo que ellos están). Ahora bien, en la medida en que la tarea legislativa de los funcionarios sólo consiste en identificar cuáles son las creencias morales predominantes y adoptar reglas jurídicas que reflejen esas creencias, no hay ninguna razón para creer que ellos están más cerca de esa verdad moral ni, por lo tanto, para asignarle una especial credibilidad moral. Por eso los funcionarios deben ocultar que su tarea consiste sólo en adoptar las reglas que coinciden con las creencias morales dominantes. Para hacerlo, explotan el

hecho de que los ciudadanos parten de la creencia de que el derecho vigente es, en efecto, una fuente confiable de información moral. Como los ciudadanos, por su parte, creen que sus propias creencias morales son verdaderas (de otro modo las desecharían), al adoptar el derecho reglas que coincidan con esas creencias, los ciudadanos no tendrán razón para revisar su presupuesto previo de que el derecho es moralmente confiable. De ese modo, los funcionarios mantienen la creencia en la credibilidad moral del derecho y, por lo tanto, la inclinación popular a obedecer al derecho creado por ellos, cuando en rigor los ciudadanos no tienen razones para mantener el juicio de credibilidad moral.

Dado que la propuesta del enfoque de la credibilidad moral fomenta el establecimiento de relaciones de manipulación de esa clase es que creo que es éticamente condenable.

Alguien podría objetar que mi objeción a la propuesta del enfoque de la credibilidad moral presupone una visión extremista de nuestro compromiso ético con el valor de la honestidad, una visión según la cual el engaño es necesariamente incorrecto, y que nada puede justificarlo nunca. Como mínimo, una visión extrema de esa naturaleza iría en contra de muchas de nuestras intuiciones (p. ej., es intuitivamente permisible mentirle al asesino acerca de dónde está la persona a la que quiere matar salvajemente;²⁹ el uso engañoso de placebos medicinales es intuitivamente permisible en muchas ocasiones; etc.) De modo que si mi objeción presupusiera esa visión extrema no tendría ningún poder de convicción. Sin embargo, yo mismo no creo en esa visión extrema, ni creo que mi objeción la implique. Lo que quiero sostener aquí es sólo que *el engaño al que lleva la propuesta del enfoque de la credibilidad moral no puede estar justificado.*

²⁹ Como lo atestiguan las referencias de la nota anterior, la conclusión opuesta de Kant ha sido un problema para los filósofos kantianos.

Ciertamente hay circunstancias en las que se justifica engañar. Más aun, estoy dispuesto a admitir que hay circunstancias en las que es permisible el, por llamarlo de algún modo, *engaño legal*, esto es, el engaño que tiene lugar en la creación del derecho entre los funcionarios que lo crean y los otros ciudadanos a los que el derecho está dirigido. Tomemos como caso de engaño legal la producción de los que Amitai Aviram ha llamado *efectos placebo* del derecho.³⁰ Si, por ejemplo, un régimen de seguridad en aeropuertos es masivamente percibido como inefectivo después de que falló en un caso muy saliente (p. ej., un ataque terrorista), cambiar el régimen por otro que sea percibido como más efectivo (quizá porque hace uso de medidas de seguridad más vívidas) puede hacer que los usuarios vuelvan a los aeropuertos a pesar de que, en rigor, el cambio no provoque un aumento relevante de la probabilidad de detección de un nuevo atentado.³¹ Este impacto del nuevo régimen de seguridad sobre el comportamiento de los usuarios de los aeropuertos es un efecto placebo porque, por hipótesis, lo que genera las consecuencias buscadas por la legislación (i.e., el aumento del uso de los aeropuertos) es la efectividad *percibida* del nuevo régimen y ésta, a su vez, es sensiblemente mayor a su efectividad *real* (i. e., su capacidad de reducir la probabilidad de un nuevo atentado en comparación con el régimen anterior). La investigación sobre sesgos cognitivos, las distorsiones del juicio a las que dan lugar y su aplicación en el ámbito del derecho es vasta y permite controlar la producción de esta clase de efectos pla-

³⁰ Amitai Aviram, “The Placebo effect of Law: Law’s Role in Manipulating Perceptions,” 75 *Geo. Wash. L. Rev.* 54 (2006). Aviram distingue entre distintos tipos de efectos placebo. De acuerdo con su terminología, los efectos placebo a los que me refiero en el texto son los *efectos placebo positivos*. Sin embargo, dado que no estoy interesado en hacer las distinciones que Aviram hace en su trabajo, aquí alcanzará con el lenguaje más simple de los efectos placebo, sin distinción.

³¹ Aviram sugiere que éste podría haber sido el caso de la adopción, en noviembre de 2001, de la *Aviation and Transportation Security Act* en los USA. Cf. *id.*, pp. 55-7. Un caso semejante podría ser el de las reformas de seguridad que siguieron al accidente del vuelo 800 de TWA en 1996, al sur de Long Island NY. Cf. Timar Kuran & Cass R. Sunstein, “Controlling Availability Cascades,” en *Behavioral Law & Economics* (Cass R. Sunstein ed., New York: Cambridge University Press, 2000) 374, esp. 379-80.

cebo.³² De modo que los funcionarios competentes pueden producirlos intencionalmente, lo que sería un caso de engaño legal (el engaño recaería sobre la eficacia comparativa del nuevo régimen).

El ejemplo del cambio en el régimen de seguridad en los aeropuertos podría ser un caso de engaño legal permisible. Quien quisiera justificar ese caso de engaño legal, creo yo, debería resaltar los siguientes dos aspectos del ejemplo (además, claro está, de mostrar que el fin al que apunta la medida es valioso, por ejemplo porque es mejor el estado de cosas en el que la gente vuelve a usar el transporte aéreo como lo hacía antes del atentado que el estado de cosas en el que la gente se abstiene masivamente de volar). El primero de los aspectos a resaltar es el hecho de que la medida pretende contrarrestar un defecto de racionalidad en el juicio popular acerca de la seguridad en los aeropuertos. Un evento especialmente saliente, como un ataque terrorista, ha disparado, mediante la operación de los mecanismos cognitivos conocidos como efectos de vividez, sesgos de disponibilidad y amplificación social, la creencia general errada de que los aeropuertos son demasiado inseguros cuando, por hipótesis, la probabilidad de que ocurran atentados semejantes es insignificante y, en todo caso, no ha variado después del atentado. El error en la evaluación popular se debe pues a la operación de esos sesgos característicos de nuestra racionalidad limitada. La adopción del nuevo régimen, explotando también esas mismas limitaciones cognitivas, pretende inclinar la evaluación popular del riesgo en sentido opuesto, para acercarla a una evaluación correcta.

Ese primer aspecto garantiza el carácter paternalista del engaño. Si bien tenemos razones para tolerar algunas interferencias paternalistas —y, por lo tanto, quizá debamos tolerar algunos en-

³² Cf. p. ej., la revisión de la literatura relevante que hacen Christine Jolls, Cass R. Sunstein, & Richard H. Thaler, “A Behavioral Approach to Law and Economics,” en *Behavioral Law & Economics* (Cass R. Sunstein ed., New York: Cambridge University Press, 2000), 13-58; o, incluso más recientemente, los ensayos compilados en *The Law and Economics of Irrational Behavior* (Francesco Parisi & Vernon L. Smith eds., Stanford: Stanford University Press, 2005).

gaños paternalistas—³³ el simple carácter paternalista de la interferencia no es suficiente. De allí que sea necesario destacar otro aspecto de nuestro ejemplo de efecto placebo para defender su permisibilidad.

El segundo aspecto del que depende la permisibilidad del engaño legal es la ausencia de una medida alternativa que sea igualmente efectiva en términos del fin buscado, pero que no involucre engaño alguno. Si, por ejemplo, fuera razonablemente posible contrarrestar la avalancha de creencias erradas llevando adelante alguna especie de campaña de información dirigida a mostrar que la probabilidad de ataques terroristas en aeropuertos sigue siendo insignificante, entonces el engaño del cambio de régimen no estaría justificado. Sin embargo, todo indica que una vez que ese tipo de avalanchas de creencias sociales, que explotan sesgos cognitivos muy robustos, adquieren dimensiones considerables ya no es posible contrarrestarlas mediante el recurso, demasiado pálido, del aporte de información.³⁴

Esos dos aspectos de nuestro ejemplo de efecto placebo —i.e., su carácter paternalista y la ausencia de una medida no engañosa que sea por lo demás razonablemente equivalente— dan plausibilidad a la idea de que la manipulación engañosa que el cambio de régimen involucra puede estar justificada. No quiero, sin embargo, comprometerme aquí con esa conclusión. Sólo quiero sostener que, aun concediendo que puede haber engaños legales justificados, el engaño al que lleva la propuesta del enfoque de la credibilidad moral no es uno de ellos.

Volvamos al ejemplo de la adopción de la regla M’Naghten. La adopción de la regla M’Naghten en ese ejemplo no tiene por fin contrarrestar o de algún modo remediar un defecto de racionalidad de la población. La racionalidad o irracionalidad de la adhesión popular a la regla M’Naghten no juega papel alguno en la fundamentación de la elección de los funcionarios.

³³ La idea de *engaño paternalista* la tomo de Tamar Schapiro, cf. *supra* n. 28.

³⁴ Cf. Kuran & Sunstein, “Controlling Availability Cascades,” *supra* n. 31.

Ciertamente sesgos cognitivos semejantes a los que operan en el ejemplo del efecto placebo pueden ejercer también alguna influencia en la formación de las visiones populares sobre merecimiento de castigo.³⁵ Sin embargo, la propuesta del enfoque de la credibilidad moral sería la misma aun si las creencias populares relevantes fueran perfectamente racionales.

Es posible que el carácter paternalista del engaño, que en efecto juega un papel en la justificación en el ejemplo del efecto placebo, no sea, sin embargo, una condición necesaria de la justificación. En un caso muy discutido, es común concluir, *pace* Kant, que es permisible engañar al asesino sobre el paradero de la persona a la que aquél quiere asesinar, a pesar de que quien engaña en este caso no lo hace en beneficio del engañado (y por lo tanto no es un engaño paternalista).³⁶ En ese caso, el carácter no paternalista del engaño en nuestro ejemplo de la regla M'Naghten no impediría su justificación.

Pero aun concediendo al enfoque de la credibilidad moral que la obtención de obediencia al derecho es una razón lo suficientemente fuerte como para justificar el engaño, la justificación no estaría asegurada si hubiera una medida alternativa de efectividad equivalente pero que no involucrara un engaño. Y, por supuesto, la hay.

El engaño recae, recordemos, sobre la naturaleza del juego que cada grupo de actores (funcionarios, por un lado, resto de los ciudadanos, por otro) juega. El engaño desaparecería si los funcionarios efectivamente jugaran al juego de la institucionalización de la retribución del merecimiento de castigo, en lugar de sólo aparentar jugarlo. Ahora, ¿en qué se diferenciaría este escena-

³⁵ Por ejemplo, es posible explicar nuestra inclinación en favor del castigo diferencial de tentativas y delitos consumados como efecto de distorsiones producidas por el impacto de sesgos cognitivos y del juicio. Darren Domsy ha mostrado eso apelando a la interacción del sesgo egoísta [*selfish bias*] y el sesgo optimista [*optimistic bias*]. Cf. Darren Domsy, "There Is No Door: Finally Solving the Problem of Moral Luck," 101 (9) *Journal of Philosophy* 445 (2004). También yo he propuesto una explicación basada en el juego de los así llamados efectos de vividez [*vividness effects*], sesgos afectivos [*affect-induced biases*] y, en especial, el sesgo de retrospectión [*hindsight bias*]. Cf. Ferrante, "Deterrence and Crime Results," *supra* n. 11, esp. 45-59.

³⁶ Cf. Tamar Schapiro, "Kantian Rigorism and Mitigating Circumstances," *supra* n. 28 (quien distingue entre casos de engaños paternalistas y engaños defensivos como casos de engaños permisibles).

rio del escenario del ejemplo original? La diferencia más saliente residiría en el hecho de que sería posible que los funcionarios finalmente *no* adoptaran la regla M’Naghten. En efecto, si los funcionarios optaran por este enfoque alternativo, el proceso de decisión ya no estaría dirigido a reflejar las *creencias* sobre cuáles son los factores que determinan o exceptúan el merecimiento de castigo, sino a capturar los factores que *en efecto* determinan o exceptúan el merecimiento de castigo. Y puede ser que éstos coincidan con las creencias populares dominantes como puede ser que no coincidan. De modo que habría dos resultados posibles: o bien (i) el producto de la deliberación y decisión de los funcionarios coincide con la opinión dominante (esto es, en nuestro ejemplo, los funcionarios terminan adoptando la regla M’Naghten, ahora sí, por sus méritos retributivos); o bien (ii) la deliberación los lleva a la conclusión de que la visión popular no es la correcta desde el punto de vista de la justicia retributiva (porque lleva, por ejemplo, a castigos inmerecidos) y adoptan, en consecuencia, una regla divergente (por ejemplo, adoptan una regla más flexible en lugar de la regla M’Naghten).

En el primero de los casos (el resultado (i)), las consecuencias del enfoque alternativo no deberían distinguirse de las consecuencias a las que llevaría el enfoque de la credibilidad moral. Pues de acuerdo con este enfoque, la obediencia general a la ley es función de la credibilidad moral del derecho y ésta, a su vez, es función del contenido del derecho. Se sigue, entonces, que la adopción de reglas de igual contenido ha de producir igual nivel de obediencia.

En el segundo de los casos (el resultado (ii)), en el que la regla adoptada difiere de la visión popular predominante, las consecuencias en términos de obediencia al derecho tampoco deberían ser distintas. Hemos visto ya que la misma literatura científica que conecta la inclinación a obedecer el derecho en general con la aprobación del contenido de las reglas jurídicas también conecta esa inclinación con la percepción de legitimidad del derecho, la que, a su vez, es función de

la imparcialidad de los procesos de producción del derecho.³⁷ Ciertamente, la adopción de una regla que no refleja perfectamente la visión popular dominante supondría una pérdida en la dimensión de la credibilidad moral del derecho, la que sería función de la aprobación del contenido del derecho. Sin embargo, también es cierto que la adopción de esta regla divergente es el resultado de un proceso de deliberación legislativa sensible a los argumentos sobre la justicia de las reglas en discusión y, por lo tanto, en el que es posible tomar seriamente en cuenta las distintas posiciones representativas acerca de los méritos de las reglas en discusión. Un proceso legislativo de esa naturaleza es claramente más fácilmente percibido como imparcial que un proceso de decisión como aquel con el que está comprometido el enfoque de la credibilidad moral —esto es, un proceso en el que la única consideración relevante es el dato de cuál es el contenido de la creencia mayoritaria, en el que deben silenciarse las verdaderas razones que guían la reforma, ocultándolas si acaso detrás de un simulacro de deliberación sobre los méritos de unas reglas aparentemente en discusión. Si tengo razón en este punto, en el caso de la adopción mediante el enfoque alternativo de una regla divergente de la opinión mayoritaria (resultado (ii)), el empeoramiento en la dimensión de la credibilidad moral vendría acompañado de una mejora en la dimensión de la percepción de legitimidad. Y, por lo tanto, no sería posible pronosticar sin más ni más una diferencia en términos de obediencia general al derecho.

En conclusión, el hecho de que este enfoque alternativo esté disponible impide postular que el engaño jurídico al que lleva el enfoque de la credibilidad moral pueda ser un engaño justificado.

VI

Quiero terminar respondiendo una última objeción posible a mi crítica basada en el carácter engañoso, y por lo tanto inapropiadamente manipulativo, de la propuesta del enfoque de la credibi-

³⁷ Cf. *supra* sección IV.

lidad moral. Según la objeción que tengo en mente, mi crítica anterior estaría aplicando inadecuadamente a la arena política una evaluación propia de la ética de las relaciones personales. La expresión de actitudes morales apropiadas es crucial en las relaciones personales; pero, de acuerdo con esta objeción, en el campo de la política lo correcto sería adoptar una visión más desprendida, más objetiva. Así, formas de manipulación de la voluntad que son especialmente ofensivas en el campo de las relaciones personales serían sin embargo tolerables en el dominio político.

No estoy convencido de que ésta sea una buena objeción. Pero aun si lo fuera no sería suficiente para rescatar a la propuesta del enfoque de la credibilidad moral. El problema normativo que padece esta propuesta no se restringe a la forma manipulativa de trato personal que ella implica. La propuesta también presupone una visión defectuosa de las relaciones políticas en juego en la actividad legislativa. Dos razones me llevan a esa conclusión. La primera está relacionada con el valor epistémico de la democracia; la segunda, con su valor republicano.

La propuesta involucra una forma de engaño legal y, por lo tanto, requiere de un proceso legislativo que favorezca esa clase de engaños. Un proceso legislativo que favorece esa clase de engaños debe ser un proceso deliberativamente limitado, si no un proceso de decisión que no puede siquiera llevar el nombre de deliberativo. El proceso tiene que ser tal que, por un lado, las razones que en efecto guían la actividad legislativa —esto es, la maximización de obediencia a la ley por la vía de la credibilidad moral— se mantengan ocultas para el público general; y, por otro, se refuerce la creencia popular errada de que las razones que guían la reforma son razones basadas en el merecimiento de castigo.

Una de las (tantas) razones por las cuales preferimos las formas de gobierno democráticas sobre las no democráticas consiste en lo que habitualmente llamamos el valor epistémico de la de-

mocracia, o de los procesos de decisión democráticos. La idea básica es que los procesos democráticos de decisión, al incluir en un pie de igualdad la visión y la crítica de todos los posibles afectados por la decisión, hace que las decisiones a las que se arribe sean más probablemente correctas (o verdaderas) que aquellas a las que se arribaría mediante procesos de decisión comparables no democráticos.³⁸ Ahora, un procedimiento democrático determinado puede tener más o menos valor epistémico, y ese valor es función de la calidad y extensión de la deliberación que el procedimiento asegura. La propuesta del enfoque de la credibilidad moral, al exigir un proceso de decisión basado en la puesta en escena de una deliberación falsa, presupone así una democracia intencionalmente pobre en la dimensión de su valor epistémico.

El defecto político de la propuesta no acaba allí. Las limitaciones deliberativas necesarias para favorecer el engaño legal no sólo restringen la confiabilidad epistémica del proceso de decisión, sino que también, y en especial, socavan la *relación de autoría* entre los ciudadanos y la ley. La posibilidad de una relación de autoría fuerte entre ciudadanos y ley es lo que confiere a los procedimientos democráticos valor republicano —en el sentido de republicanismo asociado con el ideal de la libertad como no-dominación.³⁹ Toda democracia electoral, en la que los ciudadanos eligen a los legisladores, tiene un mínimo de valor republicano: el hecho de la elección genuina de las personas que crearán el derecho permite algún grado de atribución del derecho a la voluntad de los ciudadanos. Los ciudadanos son *en la medida de esa atribución* autores del derecho creado por las autoridades democráticas. Cuando el único factor que permite la atribución de la legislación es el hecho de que los ciudadanos han elegido libremente a los legisladores que crean la legislación, entonces el valor republicano de la democracia está en su mínimo. Podríamos lla-

³⁸ Cf., p. ej., David Estlund, “Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority,” en *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics* (James Bohman & William Rehg eds., Cambridge Mass.: MIT Press, 1997), 173-204.

³⁹ Cf. Philip Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (Oxford: Oxford University Press, 1997).

mar a este extremo *democracia Hobbesiana*, para destacar que aquí la intervención popular se agota en la elección de los gobernantes. Por encima de la democracia Hobbesiana, en dirección al extremo opuesto de este arco republicano, se encuentran tipos de democracia en las que los procedimientos electivos son acompañados por otros mecanismos de participación y control tendientes a forzar una legislación que responda a los intereses subjetivos de todos los ciudadanos. En la medida en que ascendemos en este arco hacia el ideal republicano los gobernantes elegidos van perdiendo capacidad de ejercer discrecionalmente el poder sobre los ciudadanos, y en el extremo de máximo republicanismo hay algo así como un estado de derecho total, en el que nadie es capaz en ningún área de interferir sobre otros sobre la base de su arbitrio y en el que el derecho imperante no es la obra exclusiva de ningún gobernante sino que todos y cada uno de los ciudadanos son igualmente autores de ese derecho. Cuáles son los procedimientos que permiten pasar de una democracia Hobbesiana a un modelo más republicano es algo que puede quedar de lado aquí.⁴⁰ Mi interés se limita a la elucidación del tipo de democracia con el que está comprometido el enfoque de la credibilidad moral. Y a este respecto la conclusión es más bien obvia: una democracia cuyos procedimientos de decisión legislativa dejan lugar para el engaño legal es una democracia que tiende hacia el mínimo en el arco del valor republicano. La propuesta del enfoque de la credibilidad moral requiere el ocultamiento de las razones que guían la legislación, mientras que la publicidad de las razones que guían la acción de gobierno parece ser una condición de posibilidad de la atribución de la legislación a la ciudadanía por encima del mínimo de la democracia Hobbesiana. La legislación basada en un engaño no puede atribuirse al engañado como la obra de éste, sino sólo al autor del engaño quien obtiene la aceptación del engañado precisamente mediante la manipulación del engaño.

⁴⁰ Cf., p. ej., Philip Pettit, “Republican Freedom and Contestatory Democratization,” en *Democracy's Value* (Ian Shapiro & Casiano Hacker-Cordón, eds., Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 163-90.

Dado que la propuesta del enfoque de la credibilidad moral presupone una democracia en la que los funcionarios son capaces del engaño legal, y por lo tanto un procedimiento en el que es lícito el ocultamiento de las razones que guían la acción de gobierno, es que concluyo que ella presupone una democracia de escaso valor republicano.

Lo dicho, en fin, es suficiente para respaldar mi observación de que la propuesta del enfoque de la credibilidad moral es ética y políticamente condenable. Es éticamente condenable en la medida en que lo propuesto es precisamente una forma de engaño. Es políticamente objetable en la medida en que ese engaño es una forma de engaño legal y, por lo tanto, presupone una forma de democracia epistémicamente pobre y republicanamente mínima.

VII

Robinson y Darley creyeron encontrar en el enfoque de la credibilidad moral una síntesis superadora de la tensión entre retributivismo y disuasión que, a su vez, agregara un componente democrático a la discusión sobre las reformas del derecho penal. En este ensayo he mostrado que, además de asentarse en presupuestos empíricos débiles, el enfoque presupone una concepción de la labor legislativa que es éticamente condenable y democráticamente pobre. Alguien se podría preguntar si, con todo, la propuesta del enfoque de la credibilidad moral no es superior a los enfoques alternativos. Mi respuesta a esa pregunta es, sin embargo, negativa. El aspecto valioso del enfoque de Robinson y Darley reside en que hace énfasis en la confiabilidad de las instituciones jurídicas en lugar de en su aspecto coercitivo. Pero, como he sugerido al considerar la posibilidad de una alternativa al engaño legal, el enfoque retributivista hace honor al mismo valor de la confianza (en lugar de la coerción) sin comprometernos con el engaño y con las instituciones que lo favorecen. Eso es suficiente para dar respaldo a mi respuesta. Una defensa acabada del retributivismo deberá esperar a otra ocasión.