

DANIEL VARONA GÓMEZ

**EL DEBATE CIUDADANO SOBRE
LA JUSTICIA PENAL Y EL CASTIGO:
RAZÓN Y EMOCIÓN EN EL CAMINO
HACIA UN DERECHO PENAL
DEMOCRÁTICO**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN. EL DEBATE CIUDADANO SOBRE LA JUSTICIA PENAL Y EL CASTIGO	11
CAPÍTULO I. EL «IMPULSO PÚBLICO»: LA OPINIÓN CIUDADANA NO INFORMADA SOBRE LA JUSTICIA PENAL Y EL CASTIGO	27
1. EL CUESTIONARIO SOBRE JUSTICIA PENAL Y CASTIGO...	28
1.1. Actitudes punitivas.....	29
1.2. Concepción de la Rehabilitación	39
2. FORMATO DE DISTRIBUCIÓN DEL CUESTIONARIO Y MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN	50
3. RESULTADOS DEL CUESTIONARIO EN LA FASE 1: EL «IMPULSO PÚBLICO» U OPINIÓN NO INFORMADA	54
3.1. Variables socio-demográficas	54
3.2. Resultados generales.....	57
3.3. Valoración: aspectos más destacables del «impulso público» u opinión no informada.....	69
3.4. Determinantes de la opinión no informada.....	76
CAPÍTULO II. CIUDADANOS RAZONANDO: UNA OPINIÓN PÚBLICA INFORMADA Y REFLEXIVA SOBRE LA JUSTICIA PENAL Y EL CASTIGO.....	83
1. HACIA UNA OPINIÓN INFORMADA O «JUICIO PÚBLICO».	83
1.1. El procedimiento deliberativo	83
1.2. Resultados.....	94

	Pág.
CAPÍTULO III. CIUDADANOS «EMOCIONADOS»: EL IMPACTO DE UN ESTÍMULO POSITIVO SOBRE LOS DELINCUENTES EN LA OPINIÓN CIUDADANA	105
1. EL PAPEL DE LAS EMOCIONES EN LA OPINIÓN PÚBLICA SOBRE LA JUSTICIA PENAL Y EL CASTIGO	105
1.1. Tratamiento y muestra	107
1.2. Resultados	112
 CAPÍTULO IV. VALORACIÓN Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	 119
1. ¿POR QUÉ CAMBIAN LAS ACTITUDES?	120
1.1. La propia valoración personal de la experiencia	120
1.2. Cambios más allá de las actitudes punitivas y el modelo reabilitador.....	127
1.3. Análisis cualitativo del discurso ciudadano presente en los foros deliberativos: el poder de la información y el debate crítico	130
1.3.1. ¿Límites a la deliberación?	148
2. ¿ES SOSTENIBLE EL CAMBIO?.....	156
3. LIMITACIONES DEL ESTUDIO.....	161
3.1. Ausencia de grupo de control en el momento del tratamiento.	161
3.2. ¿ <i>Hawthorne effect</i> ?	163
3.3. ¿Deliberación o Persuasión?	164
 CAPÍTULO V. CONCLUSIONES: RAZÓN Y EMOCIÓN EN EL CAMINO HACIA UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO.....	 167
 BIBLIOGRAFÍA.....	 183
 ANEXOS	 191

INTRODUCCIÓN

EL DEBATE CIUDADANO SOBRE LA JUSTICIA PENAL Y EL CASTIGO

Este libro tiene por objeto el análisis de la opinión ciudadana sobre el castigo y la justicia penal en nuestro país. En trabajos anteriores (Varona, 2009; 2014) he destacado la importancia que este tópico ha adquirido en épocas recientes en la literatura comparada y en nuestro país, principalmente debido a la conocida expansión del Derecho penal y a la frecuente apelación política a la «voz ciudadana» como motor de dicha expansión¹. Baste ahora como clara y (de momento) última prueba de lo anterior mencionar que la introducción en nuestro ordenamiento de la discutidísima pena de «prisión permanente revisable», se justifica en el segundo párrafo del preámbulo de la ley de reforma del Código Penal (LO 1/2015), de la siguiente forma:

«La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles *que, además, sean percibidas en la sociedad como justas*. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, *en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido*» (LO 1/2015, de 30 de marzo, cursiva añadida)².

¹ Esta es la conocida como «Tesis de la Democracia en Funcionamiento» (*vid.* BECKETT, 1997, y FROST, 2010: 157), según la cual, los políticos no hacen sino reaccionar a las demandas ciudadanas. Esto es, si los ciudadanos demandan más Derecho penal o penas más severas, una democracia que «funcione», implicaría precisamente una respuesta política en dicho sentido. De este modo, puede consultarse el reciente libro monográfico editado por RYBERG y ROBERTS (*Popular Punishment*, 2014), que ya en su introducción declara que «*the idea that public opinion constitutes a justification for policy initiatives regarding to state sentencing constitutes a general trend in modern penal policy*» (RYBERG/ROBERTS, 2014: 3).

² La historia legislativa de este párrafo del preámbulo de la ley de reforma es algo oscura. Los proyectos presentados hasta el 21 de enero de 2015 incluían la referencia a «resoluciones judiciales [que...] sean percibidas en la sociedad como justas», pero no aludían directamente a la «demanda» ciudadana en relación con la prisión permanente revisable («los ciudadanos demandaban»). Si una consulta el *iter* legislativo se aprecia que este párrafo del preámbulo fue modificado, introduciendo dicha mención a la demanda ciudadana, sin justificación específica alguna (salvo error por mi parte), por la Comisión de Justicia (*vid.* *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los

Más claro quizás no se pueda decir: la opinión pública se convierte así (a ojos del legislador) en el verdadero motor de la política criminal actual³.

En mi opinión (expuesta anteriormente en otros trabajos, *vid.* Varona, 2014), estas frecuentes apelaciones a la «demanda social», «voluntad popular» u otras del mismo significado, al margen de ser, en ocasiones, meras excusas para imponer una determinada concepción ideológica, presentan el grave problema de que están basadas en un entendimiento erróneo de lo que debe ser un Derecho penal edificado sobre la voluntad o el consenso ciudadano. Ello porque a pesar de que se apela de forma grandilocuente a dicha voluntad popular, en realidad no se hace un esfuerzo mínimamente digno por tratar de hallar y (menos) comprender dicha voluntad. En este sentido, realizar, como en el mejor de los casos se hace, una mera encuesta a una muestra representativa de la población, no nos lleva a conocer más que la opinión desinformada de nuestros ciudadanos; esto es, lo que sería una «pseudo-opinión pública» o una «mera opinión» (Habermas, 1962):

«Una opinión pública no es, digamos, representativa, en el sentido estadístico del término. No es un agregado de opiniones individuales que se hayan manifestado privadamente o sobre las que se haya encuestado privadamente a los individuos; en este aspecto no debe confundirse con los resultados de los sondeos de opinión. [...] El asentimiento a temas y contribuciones solo se forma como resultado de una controversia más o menos exhaustiva en la que las propuestas, las informaciones y las razones puedan elaborarse de forma más o menos racional» (Habermas, 1998: 442)⁴.

Diputados, 22 de enero de 2015; en la misma publicación, el día anterior puede observarse en p. 51 el texto hasta entonces del preámbulo, donde no figuraba la referida alusión).

³ En este sentido, señala VIVES ANTÓN en un artículo de opinión en el diario *El País* (30 de enero de 2015) que: «Como pone de manifiesto ese párrafo [*sic* de la exposición de motivos], la justificación básica de la introducción de la nueva pena se halla en la demanda social». Es un diagnóstico acertado: una lectura de la discusión parlamentaria (tanto en el Congreso como en el Senado) en relación con esta reforma confirma claramente que, efectivamente, el legislador español (en este caso, el PP debido a su mayoría absoluta) apeló al «apoyo» o «consenso» de los ciudadanos para tratar de justificar la introducción de esta nueva pena (*vid.* por ejemplo, la última discusión parlamentaria que tuvo lugar en el Senado el día 11 de marzo 2015, *Diario de Sesiones del Senado*, Pleno, 11 de marzo de 2015, pp. 13948 y ss.; y en el Congreso el día 26 de marzo de 2015: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente: «Se introduce, en efecto, un nuevo esquema penológico, incorporando la prisión permanente revisable como pena máxima en el Código Penal, incorporación que cuenta —no tienen ustedes derecho a ignorarlo ni a pasarlo por alto— con el apoyo de dos tercios de los españoles [...] Es una reforma que está atenta a los ciudadanos y a su seguridad, para los que es incomprensible buena parte de los discursos que se han escuchado en esta Cámara. Creemos que ustedes se alejan de la sociedad con ese posicionamiento político, una sociedad que demandaba esta pena para determinadas conductas hace mucho tiempo», pp. 50-51).

⁴ HABERMAS es uno de los autores que más se ha preocupado por estudiar el concepto de «opinión pública» (particularmente en sus libros *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, 1962, trad. española de 1981; y *Facticidad y Validez*, 1992, trad. española 1998). En el primero de ellos, *Historia y crítica...*, HABERMAS denomina a los resultados de los sondeos de opinión «mera opinión» (1981: 271), porque considera que no reúnen los requisitos

Y es que, como diversos investigadores han demostrado, no tiene ningún sentido preguntar a los ciudadanos por cuestiones sobre las que probablemente nunca han recibido una información neutral y de suficiente calidad. Con encuestas, normalmente telefónicas, en las que a un ciudadano se le presenta una batería de preguntas relativas a un tema (la justicia penal) sobre el que apenas tienen información, no podemos esperar mucho más de lo que algún autor afortunadamente denominó «*top of the head answers*» (vid. Fishkin, 2009a y Hutton, 2005: 245), esto es, respuestas de lo primero que a uno se le viene a la cabeza. Se trata, sin duda, de opinión, representativa, cierto, pero de muy baja calidad y que por ello no puede tomarse en serio como base para ningún proyecto de política criminal⁵.

siquiera para calificarse de «opinión pública» (son solo «opiniones informales, personales, no públicas», 269). En esta misma obra (1981: 273-274), citando a C. W. MILLS, HABERMAS contrapone los conceptos de «público» y «masa», considerando que solo puede hablarse de «opinión pública» cuando estamos ante un proceso en el que: 1) el número de personas que expresa opiniones es virtualmente igual al número que las recibe; 2) las comunicaciones públicas están organizadas de manera que exista una posibilidad eficaz e inmediata de replicar cualquier opinión expresada en público. La opinión se forma con la discusión; 3) se traduce enseguida en una actuación eficaz, aun en contra —si fuera necesario— del sistema de autoridad imperante, y 4) las instituciones no penetran en el público, que goza por ello, en mayor o menor grado, de autonomía en sus actuaciones. Obviamente, estas condiciones de formación y expresión de la «opinión pública» no concurren ni de lejos en los típicos sondeos de opinión o encuestas ciudadanas. En *Facticidad y validez* HABERMAS retoma la discusión en el capítulo «Sobre el papel de la sociedad civil y de la opinión pública política», y tras la cita reproducida en texto, considera que: «La calidad de una opinión pública, en cuanto medible por las propiedades procedimentales de su proceso de producción, es una magnitud empírica. Considerada normativamente, funda o establece una medida de la legitimidad de la influencia que las opiniones públicas ejercen sobre el sistema político», 1998: 443. Para HABERMAS, este entendimiento de la opinión pública es clave para superar las debilidades de las democracias actuales en línea de lo defendido, según veremos, por los planteamientos de la democracia deliberativa. Vid. también, YANKELOVICH, que diferencia entre una opinión pública superficial y un «juicio público» informado y reflexivo («*informed public judgement: the state of highly developed public opinion that exists once people have engaged an issue, considered it from all sides, understood the choices it leads to, and accepted the full consequences of the choices they make*», cit. en GREEN, 2008: 242).

⁵ Están ampliamente documentados los problemas metodológicos que existen a la hora de intentar captar la opinión ciudadana mediante una mera encuesta. En este sentido, es ya clásico el estudio de George BISHOP (cit. en FISHKIN, 2009a: 2, y DURHAM, 1993: 6) en el que se preguntó a los ciudadanos su opinión sobre una ley en realidad inexistente y, a pesar de ello, los encuestados no tuvieron ningún problema en dar su opinión (ya CONVERSE, en un trabajo clave publicado en 1964, a partir del análisis de encuestas realizadas entre los años cincuenta y sesenta demostró que la mayoría de los ciudadanos no tenían un sistema completo o coherente de creencias, y por ello acuñó el término de las «*non-attitudes*» para referirse a los resultados de meras encuestas). Por todo ello, como nos recuerda FISHKIN (2009a: 3) la «opinión» resultante de encuestas a ciudadanos no informados es fácilmente susceptible de manipulación y engaño (es más, la propia técnica puede ser una manera de intentar condicionar a los ciudadanos, pues existe evidencia sobre el denominado «*bandwagon effect*» de las encuestas de opinión, esto es, el efecto de «arrastre» sobre las opiniones que, debido al deseo de conformidad con la mayoría, se produce cuando se publican encuestas de opinión que muestran las presuntas preferencias ciudadanas, vid. ROTHCHILD/MALHOTRA, 2014). Pero la cuestión, en mi opinión, aún es más seria. No es solo que las encuestas de opinión sean un mal método para medir la opinión pública; es que, sustantivamente, son rechazables como medio de ilustración de la opinión ciudadana, pues al contentarse con recoger la opinión no informada,

Así, por ejemplo, siguiendo con el tema de la prisión permanente revisable, repárese en los resultados de una de estas «encuestas-tipo» a una muestra representativa de la población española:

Tabla 1. Respuestas a la pregunta «¿Está usted de acuerdo con la implantación en España de la pena de cadena perpetua?» (en porcentajes)

Sí, totalmente	31
Sí, siempre que sea revisable	51
No, en ningún caso	18
No sabe / No contesta	1

Fuente: *Primer Barómetro del Observatorio de la Actividad de la Justicia*, Informe 2009 (Fundación Wolters Kluwer, 2010).

A primera vista parece un claro síntoma de una ciudadanía punitiva que quiere que se introduzca en nuestro país una pena tan severa. De hecho, así se esgrimió por Federico Trillo, diputado del Partido Popular (PP) y representante de este partido en la discusión parlamentaria de la reforma del Código Penal de 2010 (en la que el PP ya intentó, entonces sin éxito, introducir la pena de «prisión perpetua revisable»)⁶:

«En fin, señorías, la prisión perpetua revisable es compatible con la Constitución, es la que demanda una inmensa mayoría de la opinión pública; en la encuesta de Walter Kluger [*sic.* Kluwer], que es muy técnica, el 51 por 100 está a favor de la revisable, el 31 por 100 a favor de la absoluta y, por tanto, el 82 por 100 a favor de la reclusión perpetua» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 11 de marzo de 2010, p. 30)⁷.

en realidad están tratando a los ciudadanos como una masa ignorante. Ello conlleva en mi opinión, una visión censurable de la democracia. Censurable porque o bien nos conduce a una concepción populista o plebiscitaria de la misma, o bien, precisamente por ello, sirve de excusa para recelar de los ciudadanos y confiar las decisiones públicas a élites (bien informadas y educadas) de expertos (políticos, académicos, profesionales de cierto sector). *Vid.* sobre la conexión entre los métodos de «producción» de la opinión pública y la concepción de la democracia a TURNER (2014).

⁶ Un observador atento podría destacar la sutil variación terminológica que ha experimentado finalmente esta pena, pues lo que en 2010 el PP llama «prisión *perpetua* revisable», pasa a ser una «prisión *permanente* revisable». La explicación más factible parece ser que el PP, consciente de la carga ideológica de la palabra «cadena perpetua», ha querido huir de ella a nivel terminológico, cayendo así en un eufemismo que permite evocar el aforismo latino «*excusatio non petita, accusatio manifesta*».

⁷ Lo cierto es que esta apelación tan concreta a una encuesta de opinión me hizo sospechar. Y mis sospechas se vieron confirmadas cuando descubrí que el director del *Observatorio de la Actividad de la Justicia* responsable de dicho Barómetro era Enrique López López, por entonces magistrado de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal). Se trata de una persona muy conocida por su cercanía ideológica con el Partido Popular (de hecho fue nombrado en 2013 juez del Tribunal Constitucional a propuesta del PP, después de seis años de vetos del PSOE debido precisamente a su marcado perfil ideológico, aunque duró poco en el cargo pues dimitió en junio de 2014 debido

Sin embargo, aunque incluso en su cruda forma no sea en realidad un dato concluyente (ya que, se podría, por ejemplo, interpretar que cerca de un 70 por 100 de los ciudadanos está en contra de la reclusión a perpetuidad), no tiene ningún sentido dar fiabilidad o valor a esta opinión ciudadana cuando no sabemos qué idea tienen los ciudadanos del significado de la pena por la que se les pregunta (¿qué se entiende por cadena perpetua revisable?; ¿revisable cuándo?), y sobre todo, cuando ignoramos si los encuestados conocen la realidad penológica y penitenciaria española. Es más, sabemos (*vid.* por ejemplo, Varona, 2013) que nuestros ciudadanos sistemáticamente minusvaloran los castigos aplicados realmente por los jueces penales, por lo que el deseo de una pena como la cadena perpetua puede ser un mero efecto-rebote ante lo que se considera una excesiva blandura de la justicia penal. Pero ¿y si supieran la realidad de los castigos aplicados por nuestros jueces? ¿Se seguiría en este caso demandando una pena tan severa?

Esto no es una mera hipótesis. Dos ejemplos de ello. Primero, repárese en las siguientes palabras de Juan José Cortés (uno de nuestros más famosos familiares de víctimas)⁸, en una entrevista publicada por el diario *El Mundo* (*Mundinteractivos*, 2008). En esta entrevista, ante las dudas de una lectora sobre la humanidad de la cadena perpetua, Cortés contesta lo siguiente:

«Si tuviera una hija y la asesinaran como a mi hija, qué sería más justo, ¿solicitar la cadena perpetua para los pederastas que no tienen solución o soltar a todos los que están en la cárcel? Además, en la ley española el máximo de cumplimiento, aunque cometas diez asesinatos a diez niñas distintas, lo máximo que pagas son veinte años, que con la reducción de condena por buen comportamiento pueden estar en la calle como mucho a los siete u ocho años sin que nadie pueda impedir que pueda volver a matar a una niña o un niño».

a su implicación en un delito contra la seguridad del tráfico) y que en algún programa televisivo de una cadena claramente conservadora (*Intereconomía*) había participado defendiendo la cadena perpetua. Creo que no es aventurado decir que fue una pregunta diseñada específicamente para defender la introducción de esta pena apelando a una presunta opinión pública.

⁸ El padre de Mari Luz, una niña asesinada en trágicas circunstancias por un delincuente con antecedentes por delitos sexuales. A raíz de dicho asesinato, Juan José Cortés inició la denominada «caravana a favor de la cadena perpetua para asesinos pederastas» (*vid.* *El País*, 29 de abril de 2008). Dicha caravana le llevó a reunirse con el entonces presidente del gobierno (José Luis Rodríguez Zapatero) para entregarle, según la información contenida en *El País* de 30 de septiembre de 2008, «los 2,3 millones de firmas recogidas en la campaña *Por una Justicia Justa*, en la que piden que se aumenten las penas contra los pederastas». No conseguido su propósito relativo a la cadena perpetua en la reforma del Código Penal de 2010, fue nombrado por el Partido Popular «asesor para la reforma del Código Penal» (*vid.* el documento extraído del propio portal web del Partido Popular: <http://www.pp.es/actualidad-noticia/pp-incorpora-juan-jose-cortes-como-asesor-reforma-del-codigo-penal>, de fecha 15 de marzo de 2010, último acceso: 10 de septiembre de 2015). Su exposición mediática y la descarada instrumentalización política de su persona por parte del Partido Popular finalizó al verse envuelto en un proceso penal (*vid.* «Un padre herido deslumbrado por los focos», *El País*, 28 de noviembre de 2013).

Al margen de la esperpéntica opción que se plantea en primer lugar (como si el dilema fuera: cadena perpetua o libertad para los delincuentes ¿?), lo que me interesa es lo siguiente: ¿qué valor puede tener la opinión basada en un desconocimiento tan flagrante de la realidad del castigo? Por mucho que nos demuestren, con una encuesta, que lo que opina Juan José Cortés es compartido por una mayoría y que por tanto estamos ante una opinión representativa de la población española, la cuestión es: ¿dicha representatividad la convierte sin más en una opinión valiosa que debe ser tenida en cuenta? En mi opinión la respuesta ha de ser negativa.

Un segundo ejemplo, más reciente, de la superficialidad y futilidad de la opinión pública desinformada. En el informe de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (2015), titulado «La sociedad española frente a su sistema penal»⁹, se detallan los resultados de una encuesta telefónica a una muestra representativa de la población española, llevada a cabo a principios de 2015. Al margen de otras cuestiones de interés¹⁰, del citado estudio me interesa destacar lo siguiente: a la pregunta «¿considera necesaria la cadena perpetua revisable?», casi un 70 por 100 de la muestra contesta que sí. Pero a continuación se le plantea a los encuestados que han respondido que sí lo siguiente: «Considerando que el coste por preso es de 30.000 euros al año, ¿cree que sería mejor que en lugar de soportar ese gasto en los presos condenados a cadena perpetua se tomaran otras medidas para su reinserción?», y cerca de un tercio (30,8 por 100), de los inicialmente favorables a la cadena perpetua renuncian ahora a ella en favor de medidas menos costosas. En definitiva, como bien se destaca en el propio informe, con un simple dato informativo (relativo al coste económico de la prisión), el apoyo a la cadena perpetua revisable cae del 70 al 47,6 por 100, indicando con ello que la presunta mayoría favorable a esta pena puede ser un mero artefacto estadístico producto de la desinformación ciudadana.

Cuidado. Con estos ejemplos no estoy defendiendo la inutilidad de la opinión pública en el debate político criminal. Nada más lejos de mi intención, como se podrá comprobar en este libro. Lo que estoy destacando es una cuestión diferente: si nos tomamos en serio la opinión ciudadana lo que no puede hacerse es «denigrarla» o «rebajarla» a una mera encuesta (por muy representativa que sea) a ciudadanos desinformados. Y, por cierto, legítimamente desinformados, pues, primero, ¿cuántos esfuerzos han hecho nuestros gobernantes para darnos información precisa y veraz sobre el desempeño de sus funciones?¹¹. Y segundo, como bien señala Fishkin (2009a: 2

⁹ Accesible en <http://www.apdha.org/media/Estudio-SocEsp-y-SistemaPenal.pdf> (última consulta: febrero de 2016).

¹⁰ Es destacable el enorme desconocimiento ciudadano sobre los límites del cumplimiento en prisión en nuestra legislación penal.

¹¹ Baste aquí recordar los años que han tenido que pasar para que se apruebe una Ley de Transparencia en nuestro país (*Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*), y las limitaciones que aún tiene.

y ss.), los ciudadanos somos «racionalmente ignorantes», en el sentido de que nuestros quehaceres cotidianos es lógico que no nos permitan ser expertos en las políticas sanitarias, educativas, penitenciarias, etc., llevadas a cabo por nuestros gobiernos.

El problema, por tanto, no es la «ignorancia» ciudadana, sino, en primer lugar, la manipulación y utilización política de dicha ignorancia (racional). Bourdieu en su conocido escrito *La opinión pública no existe* (1973) ya expresó de forma precisa esta cuestión:

«Las problemáticas que proponen las encuestas de opinión están subordinadas a intereses políticos, y esto pesa enormemente tanto sobre la significación de las respuestas como sobre la significación que se le confiere a la publicación de los resultados. La encuesta de opinión es, en el estado actual, un instrumento de acción política; su función más importante consiste, quizá, en imponer la ilusión de que existe una opinión pública como sumatoria puramente aditiva de opiniones individuales; en imponer la idea de que existe algo que sería como la media de las opiniones o la opinión media. La “opinión pública” que aparece en las primeras páginas de los periódicos en forma de porcentajes (el 60 por 100 de los franceses están a favor de...), esta opinión pública es un simple y puro artefacto cuya función es disimular que el estado de la opinión en un momento dado es un sistema de fuerzas, de tensiones, y que no hay nada más inadecuado para representar el estado de la opinión que un porcentaje.

[...] el hombre político es el que dice: “Dios está de nuestra parte”. El equivalente de “Dios está de nuestra parte” es hoy en día “la opinión pública está de nuestra parte”. He aquí el efecto fundamental de la encuesta de opinión: constituir la idea de que existe una opinión pública unánime y, así, legitimar una política y reforzar las relaciones de fuerza que la sostienen o la hacen posible»¹².

Y en segundo lugar, como ya avanzamos anteriormente (*vid. supra* nota 5 de esta Introducción), el problema fundamental que conlleva la utiliza-

¹² Un ejemplo claro de ello es el relatado *supra* en nota 7. Un ejemplo más reciente de la utilización política de encuestas a ciudadanos no informados podemos apreciarlo en las discusiones parlamentarias que tuvieron lugar en marzo de 2015 en torno a la reforma del Código Penal. Dicha reforma venía ya tramitándose en ambas cámaras desde octubre de 2013, y los argumentos para apoyar la introducción de la pena de prisión permanente revisable habían sido de diverso tipo. Pero a raíz de una encuesta publicada sobre dicha pena en el diario *El País*, puede apreciarse cómo el partido político que defendía en solitario su introducción (PP) apeló de forma insistente a dicha encuesta. Así, *vid.* la discusión que tuvo lugar en el Senado el día 11 de marzo de 2015. Ese día se presentaba ante el Senado para su aprobación el texto final de reforma del Código Penal (que días después, el 30 de marzo se publicaría en el *BOE* como LO 1/2015), y la representante del PP en esta cámara (Sra. María Rosa Vindel), alegó como uno de los argumentos para la introducción de la pena de prisión permanente revisable que: «El mes pasado supimos, vía encuesta publicada en el diario *El País*, que la mayoría de los españoles avala la prisión permanente revisable» (se refiere con ello a una encuesta telefónica realizada por *Metroscopia* y publicada el día 9 de febrero, *vid. http://politica.elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189_291517.html*). *Vid. Diario de Sesiones del Senado*, Pleno, 11 de marzo de 2015, p. 13963 (en el mismo sentido *vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, 26 de marzo de 2015, pp. 50-51; y *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Justicia, 3 de marzo de 2015, pp. 24-25).

ción de simples encuestas de opinión a ciudadanos desinformados como medio de captación de la voluntad popular, es la débil y por ello censurable concepción de la democracia que implica¹³. Intentar hallar la opinión pública sin dar a los ciudadanos los medios para que puedan valorar realmente los pros y contras de las opciones que se le plantean, es reducirlos a una masa ignorante, fácilmente manipulable y, por ello, en últimas, prescindible. Así, en nuestro ámbito, la política criminal, no puede extrañar que prominentes autores hayan ya advertido que si la expresada en simples encuestas de opinión es el tipo de «voluntad popular» que queremos seguir, entonces hay que mostrarse contrarios a la influencia de dicha voluntad en el proceso de elaboración de las leyes, defendiendo por ello un modelo penal «aislado» («*insulated*») de la opinión ciudadana, que funcionaría de forma análoga a instituciones como el Banco Central Europeo o la Reserva Federal Americana (*vid.* Zimring/Hawkins/Kamin, 2001). Ello porque, en opinión de estos autores, si no se canalizan adecuadamente los deseos de la mayoría el resultado es una política criminal excesivamente punitiva a la par que inefectiva¹⁴.

Pero la cuestión es que sí existen alternativas a ese entendimiento tan pobre de la voluntad popular y en últimas, como hemos visto, de la democracia. Una de estas alternativas es lo que algunos autores llaman un «juicio público» (*vs.* una «opinión pública», Yankelovich, cita en Green, 2008: 242 y ss.), o un proceso de «democracia deliberativa» (*vs.* mera democracia representativa). Al margen de la diversidad terminológica, la idea nuclear es la misma: si aceptamos la premisa de que un Derecho penal (más) democrático requiere tener en cuenta la voluntad popular, hemos de preocuparnos por hallar no cualquier tipo de «deseo» o «impulso» ciudadano, sin importar la manera en que se haya formado, sino que debemos esforzarnos por encontrar una auténtica expresión de sus preferencias, entendiendo «auténtica» en el sentido de ser plenamente consciente y sobre todo informada. Se trata,

¹³ Debe reconocerse que, en su origen, las encuestas de opinión («*polls*») se concibieron precisamente como una mejora de la calidad democrática del sistema político. Ello porque hasta la generalización de su uso en los periódicos (en la década de los treinta en los Estados Unidos), se entendía que la «opinión pública» era la explicitada por las élites gobernantes o los propios medios de comunicación. Frente a ello, gracias fundamentalmente a los avances metodológicos que permitieron la «generalización» de los resultados de encuestas a muestras representativas, la eterna cuestión democrática relativa a la «voz del pueblo» pudo ser vehiculada y articulada «matemáticamente» (como una media aritmética de las opiniones individuales plasmadas en una encuesta). En este sentido, en la obra de los pioneros de las encuestas representativas (así, por ejemplo George Gallup) puede reconocerse este anhelo relativo a la mejora de la «calidad democrática» del sistema [*vid.* sobre los orígenes históricos de la técnica de las encuestas representativas: OBERSCHALL (2008), GOOT (2008) y ZETTERBERG (2008)]. La cuestión es que la misma meta exige hoy en día superar esta etapa histórica y avanzar hacia nuevas vías de captación de la «opinión pública».

¹⁴ Se suele poner como ejemplo paradigmático del efecto pernicioso de los «impulsos democráticos» directos en la política criminal, la aprobación en referéndum en California de la ley denominada «*Three strikes and you're out*» (ZIMRING/HAWKINS/KAMIN, 2001). No obstante, algunos han cuestionado que este sea en realidad un ejemplo de auténtica democracia (*vid.* DZUR/MIRCHANDANI, 2007; BARKER, 2009, y MILLER, 2013).

en definitiva, de pasar de una opinión *«top of the head»*, a una opinión informada y reflexionada, en la que el ciudadano sea consciente de los pros y contras de las diversas opciones que se plantean ante una determinada cuestión que requiere su elección. Por ello, a este ideal se le conoce con el nombre de «democracia deliberativa» o «juicio público».

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

«¿Qué aporta la “democracia deliberativa” en la evaluación y posible reforma de las prácticas democráticas? Supone poner en primer plano cuestiones que siempre fueron un elemento de la teoría democrática, pero que enfatizan el problema de la formación de la voluntad pública. Las democracias deben tomar decisiones que tengan alguna relación con “la voluntad del pueblo”. Pero, ¿cuál es el estado de nuestra voluntad pública cuando los ciudadanos a menudo tienen bajos niveles de información, capacidad de atención limitada y son el objetivo de tantos millones gastados por la industria de la persuasión —en campañas, elecciones, y asuntos concretos—? ¿Cuán diferente sería la opinión pública —y las elecciones— si la gente sopesara los argumentos en juego sobre la base de una buena información? [...] La raíz de la deliberación está en la idea de *sopesar* los argumentos. Y la idea nuclear de la democracia deliberativa es que las personas deben sopesar los argumentos, los razonamientos puestos sobre la mesa por sus conciudadanos, y hacerlo en buenas condiciones para expresarlos, escucharlos y considerarlos en sus propios méritos. Una democracia diseñada sin la debida atención a este tipo de formación de la voluntad pública puede ser fácilmente reducida a una democracia de frases pegadizas manipuladas y opiniones erróneas» (Fishkin, 2013: 491).

«¿Queremos una democracia en la que las élites políticas mayormente manipulan la opinión pública según su conveniencia electoral y después la invocan como un mandato? ¿O queremos una democracia en la que la voluntad pública resulta de forma significativa de la deliberación, por lo menos en algunas decisiones de consecuencia?» (Fishkin, 2013: 507).

«En una democracia deliberativa [...] el proceso es deliberativo en el sentido de que proporciona información y una discusión mutuamente respetuosa en la que los ciudadanos consideran el asunto por sus propios méritos. El proceso es democrático en el sentido que requiere la igual consideración del punto de vista de todos los participantes» (Fishkin, 2009a: 11)¹⁵.

¹⁵ «La opinión pública deliberativa o “refinada” [...] puede considerarse como una opinión, a la que se llega después de que ha sido puesta a prueba tras la consideración de argumentos contrarios e información conscientemente ofrecida por otros que mantienen puntos de vista opuestos» (FISHKIN, 2009a: 14). Según HELD (2007: 331 y ss.) la «democracia deliberativa» (término usado por primer vez por BESSET en 1980) ha alcanzado el estatus de un nuevo modelo o paradigma de democracia, y su origen se explica por una preocupación relativa a la «mejora de la calidad de la democracia» ante los problemas a los que ha conducido la democracia representativa basada en los partidos políticos y las elecciones periódicas (2007: 332). En nuestra literatura puede consultarse un detallado resumen de las claves de este modelo y de su puesta en