

De la Justicia Penal a la Justicia Social (Parte I)¹

“Punishment raises at least two important conflicts between ideals: between the principles of proportionality and parsimony, and between the quests for criminal justice and social justice” (Tonry 1995, 161)

Introducción

Probablemente no haya una discusión más importante en la filosofía política actual, que aquella referida al uso legítimo del poder coercitivo del Estado. Un tema particularmente difícil, dentro de este tema general, se refiere a la justificación del castigo². En este texto examinaré un aspecto específico de ese debate: de qué manera la Justicia Penal tiene en cuenta preguntas básicas sobre la Justicia Social. Según diré, algunas cuestiones fundamentales de Justicia Social resultan —e históricamente resultaron— determinantes en la justificación pública de los principales paradigmas teóricos penales. Es decir, y como era esperable, resultó muy habitual, en la práctica, que se justificaran los aspectos básicos de las políticas penales apelando a la capacidad de las mismas para resolver problemas cruciales vinculados con la Justicia Social. Sin embargo, y según diré, tales atractivas promesas tendieron a resultar frustradas, a partir del desarrollo práctico de tales paradigmas. Luego de exponer estas tensiones, sobre el final de mi trabajo mostraré las virtudes que podría tener un enfoque alternativo, relacionado con una idea deliberativa de la democracia, para pensar críticamente sobre tales dificultades, y sobre cómo resolverlas.

Una intuición central que se puede hallar detrás de mi estudio es la siguiente: los problemas generales que encontramos para justificar el castigo se tornan más profundos cuando queremos justificar esta práctica en situaciones de profunda injusticia social. En estos casos, podemos asumir razonablemente, existe un riesgo serio que los medios coercitivos del Estado sean manipulados para proteger un orden social injusto. De hecho, la deplorable situación que caracteriza las prisiones en la mayoría de nuestros países parecer sugerir que efectivamente estamos usando esos medios coercitivos (difícilmente justificables) de formas severamente discriminatorias. Parece que, o bien estamos eligiendo castigar crímenes que son primordialmente cometidos por personas desfavorecidas, y/o que, dentro de esos crímenes señalados, el sistema penal se encuentra sistemáticamente sesgado contra los derechos e intereses de los desfavorecidos, porque son ellos los más directamente afectados por el aparato represivo del Estado.

La mayoría de los autores inscriptos en el área de la Justicia Penal han reconocido explícitamente la importancia de esta conexión entre la Justicia Penal y la

¹ Traducción al español de Laura Rico Gutiérrez de Piñeres (marzo 2008, Bogotá, Colombia).

² Si definimos el castigo como la intención de causar sufrimiento como una consecuencia de algo que estuvo mal hecho (ver, por ejemplo, Hart 1968), o si al menos aceptamos que el daño es un elemento esencial del castigo (Bedau 1991), entonces podremos comprender porqué es tan difícil justificar esta extendida práctica. Tal y como lo ha manifestado Nicola Lacey, el castigo “coloca la carga de la justificación sobre el estado” porque es una práctica que es “costosa tanto en términos humanos como financieros, además de una práctica cuyas ventajas prácticas y morales son usualmente inciertas” (Lacey 2001, 12).

Justicia Social, y han demostrado sus preocupaciones sobre la misma. Esta actitud ha sido evidente al menos desde la publicación del influyente libro *Doing Justice* (1976) (Haciendo Justicia) de Andrew Von Hirsch, cuyo último capítulo está dedicado al tema “justos merecimientos en un mundo injusto”. La mayoría de los autores asociados con este punto de vista han reconocido, además, los problemas propios de esta conexión Justicia Penal-Justicia Social, y la manera en que tales problemas podían socavar la justificación del castigo.

Por caso, en la última oración del libro de Von Hirsch, él sostiene que “mientras que a un segmento sustancial de la población se le nieguen oportunidades adecuadas para su sustento, cualquier esquema para castigar debe ser moralmente defectuoso”. Esta es una afirmación muy fuerte, pero sorprendentemente o no, es una afirmación que muchos otros autores influyentes de esta área parecen compartir. En su ensayo más significativo sobre el castigo, Jeffrey Murphy escribió que en las sociedades contemporáneas el castigo adolece de legitimidad moral porque las precondiciones necesarias para la justicia penal están ausentes (Murphy 1973). Más recientemente, Anthony Duff ha sostenido una conclusión igualmente radical reconociendo, a partir de razones como las citadas, que las dificultades para justificar el castigo pueden ser demasiado difíciles de superar (Duff 2001)³.

Notablemente, aunque los serios problemas que tiene la justificación de la Justicia Penal son generalmente admitidos, la mayoría de los autores escriben como si el Derecho Penal pudiera ser estudiado con independencia de esas consideraciones⁴. Dicho de otra manera, los teóricos jurídicos tienden a admitir tanto la existencia como la seriedad del problema, pero escriben como si el problema realmente no existiera. En las próximas hojas, y en primer lugar, examinaré tres de las aproximaciones teóricas más influyentes en torno a cómo organizar la Justicia Penal y exploraré su problemática relación con cuestiones de Justicia Social.

De la Justicia Penal a la Justicia Social: tres miradas diferentes

A partir de aquí, voy a explorar tres de los enfoques más influyentes para la práctica de la Justicia Penal, a saber, el “bienestarismo” o *welfarismo* penal, el retributivismo y el populismo penal. Sostendré que estos tres enfoques teóricos han estado detrás de tres periodos significativos de la historia de la Justicia Penal. Sorprendentemente, cada una de estas visiones enfatiza un aspecto diferente del sistema penal como el más relevante de la práctica. Los teóricos del bienestarismo penal ponen una atención especial en el agresor, en su carácter, y en la manera de reincorporarlo a la sociedad. Los teóricos retributivistas parecen estar menos interesados en el carácter del agresor y en su contexto o circunstancias: ellos se muestran preocupados por el crimen en sí mismo, y por la necesidad de adecuar el castigo a la gravedad de ese crimen (y esto es lo que explica su preocupación con el principio de proporcionalidad y su defensa en la noción de “justos merecidos”). Finalmente, los populistas penales no han prestado mayor atención ni a los derechos del agresor (y la necesidad de “re-socializarlo”) ni al principio de proporcionalidad. Más bien, su atención se ha enfocado en los reclamos de las víctimas.

³ Ver más opiniones en este sentido en Tonry 1994, 153.

⁴ Esto también puede advertirse en el libro de Von Hirsch, el cual está escrito como si la Justicia Penal despertara sólo preguntas técnicas aunque –sobre el mismo final del mismo- aparecen cuatro dramáticas páginas anunciando que la totalidad de ésta práctica podría ser sencillamente injustificable.

Bienestarismo Penal: reintegrando el agresor a la sociedad. Durante la primera mitad del siglo XX, y particularmente durante la década de 1960 y los comienzos de 1970, el sistema de justicia penal parecía estar moldeado por los mismos principios que organizaron el Estado de Bienestar. El modelo dominante de organización social estaba basado en los principios socio-democráticos de inclusión, redistribución y gasto público, lo cual implicaba un estado activo e intervencionista. El Estado asumió entonces la responsabilidad de resolver los problemas más graves que afectaban a los pobres con “vocación de integración,” mientras que las instituciones del Derecho Penal se hacían responsables de los pobres “desadaptados.” Tal y como lo ha sugerido David Garland, las instituciones y prácticas del bienestarismo penal “personificaban la especial combinación de móviles humanitarios e utilitarios que caracterizaron las relaciones entre los grupos al poder y las clases subordinadas durante el desarrollo de la democracia masiva” (Garland 2001, 49). Esas instituciones intentaron identificar el “delincuente desadaptado” y de asegurarle tratamientos correctivos/rehabilitadores a quien había violado la ley. Bajo esta suposición utilitaria, los jueces atendían “la necesidad de recibir tratamiento de los agresores, más que la naturaleza de sus crímenes” y llegaban así a diferentes sentencias condenatorias para ofensas similares (Von Hirsch 1976, 12). A este respecto y por poner un ejemplo, el Código Penal Modelo del Instituto de Derecho Americano de 1962 (American Law Institute’s Model Penal Code 1962) sostuvo que un juez podía elegir entre la pena de prisión en vez de libertad condicional si, entre otras varias razones, “el agresor estaba en la necesidad de un tratamiento correctivo que podía proveerse más efectivamente a través de su compromiso con una institución” (ibid). Desafortunadamente, esta amplia discrecionalidad judicial terminó generando consecuencias inaceptables para los más desfavorecidos. El castigo se volvió altamente dependiente de la buena o mala suerte del agresor de toparse con un juez amigable. Por lo anterior es que académicos tales como Albert Alschuler comenzaron a manifestar –por caso- que “el castigo de un agresor no debe estar sujeto a la suerte que alguno tenga en la asignación de un juez a su causa o, lo que es peor, a la labor que pudiera desempeñar un abogado defensor ante un juez favorable. Los vicios de una discreción judicial sin límites van más allá de la idiosincrasia, los caprichos y el comportamiento estratégico y pasa a ser una discriminación indeseable sobre las bases de la raza, la clase, el género y aspectos similares” (Alschuler 1991, 901).

En efecto, y a pesar de sus motivaciones humanitarias y propósitos social-democráticos, las instituciones del bienestarismo penal terminaron violando sus compromisos más significativos, y afectando seriamente los intereses de los menos favorecidos. Los amplios niveles de discreción judicial autorizados condujeron a la discriminación de minorías o grupos desfavorecidos (los pobres, la comunidad afro americana) y (como contracara de la misma moneda) el beneficio de de las clases medias y altas⁵. Al aplicar principios utilitarios estrictos, los jueces tendieron a ser flexibles con los miembros de las clases más acomodadas, quienes – según asumió la justicia - tenían mayores posibilidades para “recuperarse” y “reintegrarse”, pero no con aquellas personas que provenían de un “contexto social degradado”, quienes en muchos

⁵ Michael Tonry señaló que los dos problemas principales para la época eran la “discreción judicial sin límites y la ocurrencia y posibilidad de disparidades no justificadas, tanto como la discriminación en las sentencias por criterios de raza o clase” (Tonry 1995, 164).

casos eran reincidentes y tenías pocas posibilidades o deseos de volver a formar parte de la sociedad (Bazelon 1976 y 1976b, Morse 1976 y 1976b, Delgado 1985).

Retributivismo y el “ajuste” entre el crimen y el castigo. Las décadas de bienestarismo penal fueron seguidas por un sorprendente renacer de las perspectivas retributivistas. El importante libro *Doing Justice*, publicado por Andrew Von Hirsch en los Estados Unidos, simbolizó esta extraordinaria recuperación de las perspectivas Kantianas entre los académicos del Derecho Penal⁶. En cualquier caso, la emergencia de esta resistencia (académica) a las políticas de rehabilitación y a la discrecionalidad judicial fue sólo un reflejo de un amplio movimiento social que luchaba por los derechos de los presos, por la justicia del derecho, la justicia racial, la igualdad de tratamiento para las clases sociales, el final de la discriminación, o un estado menos represivo. El crítico reporte presentado por el Comité Servicio Americano Amigo (American Friends Service Committee) *Lucha por la Justicia* (Struggle for Justice 1971), sobre la dramática situación de las personas privadas de la libertad; algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia tales como *Goldberg v. Kelly*⁷ (reafirmando el desigual derecho para acceder a un debido proceso equitativo y contra la discrecionalidad judicial); y, principalmente, masas de personas manifestándose en las calles en contra de la guerra en Vietnam y a favor de los derechos civiles, describen un momento muy especial de la historia legal moderna contra las decisiones públicas arbitrarias y la sistemática violación de derechos de los segmentos más débiles de la sociedad.

En el área del Derecho Penal, y tal como adelantáramos, este movimiento liberal e igualitario tuvo claras consecuencias: una reacción contra la discrecionalidad judicial y algunos de sus peores efectos, incluyendo discriminación racial y de clase. Los reformistas querían volver a los principios de la Ilustración, tal y como habían sido expuestos de manera paradigmática por Cesare Beccaria. Básicamente, la idea era que los individuos que cometieran el mismo crimen merecían el mismo castigo. Esos principios también mencionaban que los jueces no debían tener ninguna discrecionalidad al imponer la sentencia; defendían el renacer de la idea de “merecimiento justo”; o proponían eliminar o reducir el rol de la libertad condicional.

El renacer de este esquema retributivo vino de la mano de una revitalización del *principio de proporcionalidad*, y de sugerencias para establecer *directrices para las sentencias*. Tal y como sostuvo Von Hirsch, uno de los principales defensores del nuevo sistema, estos estándares supuestamente debían “establecer en qué factores basarse para decidir una sentencia – y posiblemente qué sentencias (o clases de sentencias) debían recomendarse” (Von Hirsch 1998). Mientras tanto, el principio de proporcionalidad vino a decir que los agresores debían ser castigados según lo que hubieran hecho, y no según sus orígenes o contexto social. Debe notarse que este principio, en sus orígenes, tuvo una impronta claramente igualitaria. Se sostenía entonces que los jueces se equivocaban al dictar sentencias tan dispares unos de otros, de modos que sistemáticamente favorecían a los ofensores provenientes de las clases más acomodadas, vis a vis aquellos que provenían de grupos raciales desfavorecidos. Estos impulsos a favor de la proporcionalidad y el “ajuste” entre crimen y castigo, parecían favorecer a los grupos peor situados que las alternativas previamente vigentes, orientadas por principios de integración social (alternativas como las defendidas por

⁶ Más adelante aparecería otro trabajo paralelo, igualmente influyente, por Andrew Ashworth, en el Reino Unido. Ver, por ejemplo, Ashworth, 1991.

⁷ 397 U.S. 254, 1970

consecuencialistas y utilitaristas durante la época en la que predominó el paradigma del bienestarismo penal).

En los Estados Unidos, y desde finales de los años setenta, diferentes estados desarrollaron el principio de proporcionalidad y los sistemas de directrices para las sentencias. Uno tras otro, diferentes estados de los Estados Unidos de América, reformaron sus leyes de modo acorde. Algunos estados abolieron la libertad condicional, otros emitieron directrices para las sentencias, etc. El Congreso Nacional abolió la Comisión de la Libertad Condicional (Parol Commission) en 1984 y creó la Comisión Sentenciadora de los Estados Unidos, encargada de hacer las directrices para las sentencias de las cortes federales (Alschuler 1991, 901-2).

Originalmente, las directrices de sentencias adoptadas parecían seguir claramente el modelo igualitario propuesto por Von Hirsch, entre otros (el caso de Minnesota fue uno de los más interesantes a este respecto). Sin embargo, el hecho es que la mayoría de los otros casos no siguieron el modelo igualitario, y propusieron uno diferente que resultó – una vez más- en un detrimento drástico de los intereses de los menos favorecidos. Por supuesto, lo último que querían estos reformistas, al final de los años sesenta y setenta, era que las reformas propuestas perjudicaran –en lugar de ayudar- a los grupos desfavorecidos (Tonry 1995, 164). De todos modos, la práctica real de este nuevo movimiento por los derechos civiles contradujo dramáticamente los ideales manifestados por quienes los propusieron inicialmente⁸.

En efecto, las iniciativas retributivistas mostraron inmediatamente un sobre-énfasis en los componentes punitivos de la respuesta pública frente al delito, tanto como por dejar de lado consideraciones alternativas, relacionadas con los aspectos más igualitarios del principio de proporcionalidad⁹. Lo peor del caso es que las mismas directrices que aseguraron las sentencias judiciales no discriminatorias contra los desfavorecidos, terminaron favoreciendo aún más tal discriminación. La gran mayoría de las directrices prohibieron a los jueces, directamente, “reducir las sanciones penales a partir de criterios como la educación, el trabajo o estatus familiar” (Tonry 1995, 167)

Un resultado sustancialmente similar fue el que se derivó de la estricta aplicación del principio de proporcionalidad. Aunque inicialmente dicho principio apareció como un medio para prevenir la discriminación contra los desfavorecidos, el mismo terminó funcionando en contra de tal objetivo. Ello, al impedir que los jueces consideraran a las circunstancias sociales u económicas del ofensor, como factores atenuantes en sus sentencias. Michael Tonry describió este último punto claramente: “Los esquemas de castigo que le atribuyen un alto valor a la proporcionalidad necesariamente ignoran las diferencias materiales de las condiciones de vida, incluyendo la pobreza, las desventajas sociales, los prejuicios, en los cuales se

⁸ Según Barbara Hudson, “los teóricos del merecimiento, como Von Hirsch en los Estados Unidos y Ashworth en el Reino Unido han argüido que su enfoque es más liberal, menos punitivo que el modelo de “control del crimen” propugnado por el lobby a favor del endurecimiento de las penas. Ellos han indicado que el propósito de las sentencias debe ser el de castigar justamente, de asegurar que la seriedad del crimen se refleje adecuadamente en penas, y de asegurar que la injusticia legal no termine siendo agregada a cualquiera injusticia social sufrida por los agresores o las víctimas fuera de la sala de la corte” (Hudson 2005, 63).

⁹ Además, las directrices no fueron capaces de erradicar la discreción judicial. Según muchos, por ejemplo, los esfuerzos para limitar la discreción judicial desplazaron el ejercicio de discreción a los fiscales.

configuran las personalidades y caracteres humanos... Tanto en el Reino Unido como en los Estados Unidos de América, la mayoría de los que ofenden la ley son individuos provenientes de contextos desfavorables. En ambos países, quienes cometen crímenes son miembros, en un número desproporcionado, de minorías raciales o étnicas. Por poner un ejemplo, la probabilidad de que un hombre afro-americano se encuentre hoy en prisión es ocho veces mayor a la probabilidad de que un hombre blanco americano esté en prisión” (Tonry 1994, 152). Estos resultados inaceptables quedaron irresueltos – si es que no resultaron agravados- a partir de la aplicación de estos nuevos criterios de inspiración retributivista.

Populismo penal: siguiendo los deseos de las víctimas. El tercer enfoque al que quiero referirme es al populismo penal (Bottoms 1995, Roberts 2003), el cual propone que el Estado se vuelva “más severo contra el crimen”¹⁰. David Garland ha caracterizado este enfoque como uno que propone medidas “populistas”, “politizadas” y que reservan un lugar privilegiado para las víctimas (Garland 2001, 142-3). En este caso, las propuestas “están construidas de forma que privilegien la opinión pública sobre las visiones de la justicia penal de expertos y élites profesionales”- y por esta razón es que son consideradas populistas. A la vez, las propuestas populistas pueden estimarse como “politizadas” porque ellas son “formuladas por comités de acción política y consejeros políticos” en vez de ser formuladas por “investigadores y empleados civiles” (ibid)¹¹.

El impacto que ha tenido este enfoque sobre los sectores desfavorecidos parece manifiesto. Ante todo, el advenimiento del populismo penal ha conllevado el crecimiento exponencial del número de personas en prisión –personas que ahora sufren de penas privativas más largas, y que encuentran mayores dificultades para reducir sus condenas judiciales o recibir beneficios por buen comportamiento. En consecuencia, no resulta sorprendente conocer el modo en que este nuevo enfoque ha tendido a fortalecer en vez de aminorar los prejuicios raciales y de clase que caracterizaron el Derecho Penal en las últimas décadas. Más aún, (y esto se refiere a los presupuestos teóricos propios de este enfoque), la defensa poco sofisticada de un mayoritarismo “democrático” que encontramos en este enfoque, sólo sirve para colocar a los grupos desaventajados minoritarios en posiciones de riesgo sistemático, sólo por ser minorías impopulares.

Supuestamente, los populistas penales querían situar a las víctimas en el centro del escenario – querían que las víctimas jugaran un rol más central en el diseño de nuevas políticas de Derecho Penal. Dicha aspiración, podría decirse, también se proponía como una respuesta de carácter igualitario. Por un lado, una larga mayoría de víctimas había sido, hasta ahora, aparentemente ignorada por el Derecho Penal (más preocupado, en apariencia, por recuperar a los criminales -o por “ajustar” la relación entre crimen y castigo- que por las víctimas). Por otro lado, esas víctimas eran, en muchos casos, miembros de las clases más bajas: finalmente, en las nuevas sociedades desiguales y fragmentadas, los ricos encontraban medios para defenderse a sí mismos

¹⁰ Para una discusión y ejemplos sobre el concepto de populismo penal, ver Roberts 2002; Garland 2002; Pratt 2007. La introducción de esta idea de populismo punitivo viene de Bottom 1995. Contrastes entre elitistas y populistas pueden encontrarse en, por ejemplo, Ryan 1999.

¹¹ Según Bottoms, quien ha acuñado el término “populismo penal”, los políticos han encontrado atractivo, de modo habitual, a este enfoque, porque ven el incremento punitivo como un modo de reducir el crimen a través de disuasión general y/o incapacidad; y además porque de ese modo se ayuda a “fortalecer el consenso moral en la sociedad” contra ciertas actividades (ej. en el campo de las drogas); y también, obviamente, porque en esta medida ellos satisfacen sus propios intereses electorales (Bottoms 1995, 39).

(por caso, a través de seguridad privada), mientras que las personas pobres –víctimas de agresiones de “pobres contra pobres”- quedaban virtualmente desatendidas e ignoradas por el derecho.

Como bien ha señalado Garland, la “santificación” de las víctimas ha resultado en un juego de “suma cero” entre las víctimas y los agresores, donde todo lo que se hace para los agresores (por ejemplo, en términos de tratamiento humanitario) tiende a presentarse como ofensivo a las víctimas (ibid). Una consecuencia obvia de esta circunstancia ha sido el deterioro de los derechos de las personas privadas de la libertad y, en general, un creciente rechazo a las demandas por un tratamiento más humanitario solicitadas por los agresores.

Entre las expresiones más importantes de estas iniciativas de “derecho y orden”, encontramos la adopción de sentencias judiciales obligatorias y más estrictas, un mayor (y masivo) uso de la prisión como una estrategia para incapacitar y desalentar el crimen, y un aumento sustancial en los programas de construcción de cárceles (Ryan 1999). Las leyes de los “*three strikes and you are out*” (las leyes de endurecimiento de las penas aplicadas en las últimas décadas) primero promulgadas en Washington y luego en California a finales de 1993 (y posteriormente en otros estados y también a nivel federal), representan un buen ejemplo de esas novedades draconianas. De manera similar, en el Reino Unido el Acto de Sentencias Penales de 1996 (Crime Sentences Act 1996) estableció condenas perpetuas de manera obligatoria para los agresores reincidentes de crímenes sexuales o de violencia serios.

Derecho Penal y Justicia Social desde la perspectiva de la Democracia Deliberativa

Después de esta descripción, y de reconocer las tensiones presentes entre Justicia Penal y Justicia Social, mi próxima tarea será la de contrastar estos tres enfoques dominantes de la Justicia Penal con otra alternativa: una a la que denominaré el enfoque de la democracia deliberativa¹². Este enfoque teórico busca combinar algunas intuiciones básicas sobre una filosofía política republicana y algunos aspectos centrales de un enfoque deliberativo a la teoría democrática. A través de este enfoque, creo, estaremos en una posición mucho mejor para lidiar con los temas de Justicia Social que han estado creando problemas a los enfoques más tradicionales. De hecho, mi impresión es que la Justicia Penal (como muchas otras áreas del Derecho) ha estado creciendo más y más como una disciplina completamente autónoma, como si las prácticas relevantes a ella pudieran justificarse con independencia de consideraciones teóricas más amplias. Mi esperanza es que el enfoque teórico que proponga nos sirva para establecer vínculos fuertes entre la Justicia Penal y otras áreas de interés público tales como la Justicia Social.

El enfoque deliberativo ha sido usado recientemente para evaluar críticamente diferentes aspectos del Derecho Penal, tanto como para pensar alternativas frente al mismo. Probablemente los escritos de Pettit y Braithwaite (1990, 1994) representen las expresiones más prominentes de este enfoque. Por otra parte, Anthony Duff (1998, 2001) también ha desarrollado una visión “comunicativa” de la Justicia Penal que tiene vínculos claros con las preocupaciones republicanas sobre igualdad y autogobierno, y

¹² He venido desarrollando esta postura en otros trabajos ya publicados. Ver, por ejemplo “Duro Contra el Castigo”, partes I y II, publicadas por la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (2008) y *Nueva Doctrina Penal* (2007).

que también se relaciona con las preocupaciones de los demócratas deliberativos. De forma similar, Carlos Nino (1996, 1996b) trabajó más de una década en cuestiones sobre democracia deliberativa y –tanto al principio como al final de su vida académica– escribió sobre cuestiones básicas de la Justicia Penal –sin hacer una conexión fuerte entre estos dos aspectos de su trabajo¹³.

Mi intuición es que todos los enfoques examinados violan (en un modo u otro) los principios más básicos mantenidos desde una concepción deliberativa de la democracia, vinculados con los principios de inclusión igualitaria y deliberación. Para comenzar a fundamentar lo dicho, procuraré en lo que sigue referirme, brevemente, a las tensiones que encuentro entre los paradigmas analizados hasta aquí, y los dos principios recién mencionados: inclusión y deliberación.

Inclusividad. En las últimas décadas, el sistema de justicia penal se ha desarrollado de formas que contradicen abiertamente las aspiraciones y principios inclusivos de una democracia deliberativa. Ante todo, la inclusividad parece resultar desafiada por el hecho de que las normas de Derecho Penal suelen aparecer escritas, aplicadas e interpretadas por una elite –algo que no parece mayormente controvertido entre los académicos. Por ejemplo, para David Garland, las principales políticas en el área de la Justicia Penal han sido impuestas “desde arriba” (Garland 2005, 51). Según él, tales políticas eran, hace décadas, el típico producto del conocimiento experto y de la investigación empírica. Se trataba de políticas administradas por elites liberales profesionales, y expertos de Justicia Penal. Más recientemente –y siguiendo con la descripción de Garland– estas políticas han pasado a manos de comités de acción política y consejeros políticos. En todo caso, el punto sigue siendo el mismo: el sistema de Justicia Penal siempre ha estado en manos de “pocos”, y en consecuencia ha sido impuesto “desde arriba”.¹⁴

Algunas personas arguyen que aunque es cierto que el sistema de justicia penal ha estado siempre en manos de elites profesionales, también es cierto que sus decisiones han sido impuestas con “muy poca resistencia desde abajo” (Garland 2005, 51). Este reclamo parece innegable, pero el mismo no niega el punto principal que podríamos asociar con los interesados en la democracia deliberativa, es decir, que un sistema de Justicia Penal controlado por pocos, tiende a generar resultados sesgados, también, a favor de unos pocos (probablemente no exista mejor ilustración de este punto que el mismo sistema carcelario, tal y como funciona actualmente en una gran mayoría de países).

Desde la perspectiva de la democracia deliberativa, el problema parecía ser uno fácil de anticipar y predecir. De hecho, si los demócratas deliberativos defienden el ideal de la “inclusión”, esto no surge de motivaciones benevolentes. Por el contrario,

¹³ Más recientemente, Pablo de Greiff (de Greiff 2002) ha tratado de seguir el tipo de conexiones (entre la teoría deliberativa y la justicia penal) que Nino dejó sin examinar. Ver, sin embargo, y por ejemplo, Nino (2008).

¹⁴ Para algunos autores, este fenómeno se torna particularmente manifiesto en la esfera judicial. Como ha dicho Barbara Hudson, uno de los factores cruciales detrás de las preocupaciones por asegurar un “tratamiento justo en una sociedad injusta”, ha sido de las características personales de quienes tienen a su cargo el sistema de Justicia Penal: “la justicia penal –nos dice Hudson– es administrada por personas blancas, de edad media, de clase media, que tienen poco entendimiento de las circunstancias de los más jóvenes, clase trabajadora –o no–, afroamericanos en su gran mayoría, quienes son sus principales receptores” (Hudson 2005, 66).

ellos defienden la inclusión porque están convencidos de su importancia: la inclusión es considerada una condición fundamental para la imparcialidad. Para ellos resulta claro que la ausencia sistemática de ciertas perspectivas en la creación, interpretación y aplicación de esas normas tiene un impacto negativo obvio sobre el carácter imparcial de las mismas, tanto en su contenido como en los modos en que se las administra¹⁵.

Lo que me interesa decir es que en esas situaciones (situaciones que implican la exclusión de grandes sectores de la sociedad de la creación e implementación del derecho), todos podemos quejarnos, con razón, sobre la falta de imparcialidad del derecho. En tales circunstancias, muchas personas podrán decir, razonablemente, que no ven al derecho como “propio” –en otras palabras, que no ven al derecho como una creación colectiva en la cual hayan jugado un rol significativo. Un derecho de ese tipo, casi seguramente, tendrá serios problemas para reconocer y sopesar adecuadamente sus intereses más fundamentales. Tal y como lo ha dicho Anthony Duff, los más desfavorecidos podrían, en tales situaciones, demandar con razón que “la voz del derecho (a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de sus valores compartidos) les suena como una voz ajena, que no es ni podría ser la de ellos” (Duff 2001, 195-6).

El caso es similar si miramos al problema desde el punto de vista del populismo penal. Desde esta perspectiva, las normas también aparecen como el producto de una elite que – en este caso- abiertamente reclama estar actuando en nombre del pueblo (de sus demandas punitivas). Pero en esta situación las cosas son inclusive peores que en los casos anteriores, porque aquí encontramos que las demandas e ideales de una democracia deliberativa están siendo violados de la forma más amplia y dramática. En efecto, en el contexto del populismo penal, las normas penales son creadas en la ausencia de (o descartando la importancia de tener) una discusión colectiva igualitaria. Tales normas surgen, habitualmente, en contextos marcados por una seria fragmentación social y desigualdad económica- que también implica, normalmente, un proceso de comunicación pública que básicamente es dependiente del dinero. Entonces, aún si las encuestas de opinión fueran ciertas al indicar la convergencia entre políticas penales “duras” y la opinión de la mayoría, todavía habría un largo camino para recorrer, antes de decir que las decisiones en cuestión son decisiones “democráticas” en algún sentido interesante del término. Esos resultados serían democráticos sólo desde una visión extremadamente empobrecida de la noción de la misma. Desde la perspectiva de la democracia deliberativa, ese resultado tiene muy poca conexión con la democracia (y yo sugeriría que ocurrirían cosas similares aún si recurriéramos a otras perspectivas menos exigentes de la democracia). Deberíamos resistir, en mi opinión, la invitación de honrar cualquier norma (aún si las encuestas de opinión mostraran que la mayoría de las personas adhieren a esa norma) con el adjetivo de “democrática” – es decir, deberíamos resistir la invitación de igualar a la democracia con encuestas de opinión ocasionales.

Deliberación. El segundo punto crucial con el que se comprometen los defensores de la democracia deliberativa es el la deliberación colectiva. Para el Derecho Penal, las consecuencias de adoptar un ideal deliberativo serían numerosas (acabamos de mencionar una de ellas). Sin embargo, en lo que sigue me concentraré

¹⁵ Este argumento claramente refuerza la predicción de los primeros republicanos, tales como J.J. Rousseau, quien reconoció que en sociedades desiguales y fragmentadas las normas tenderían a reflejar el interés de pocos en vez del “interés general”.

fundamentalmente en un solo aspecto importante de esa preocupación teórica: el impacto del ideal deliberativo en la construcción y concepción del Proceso Judicial Penal.

Tal como viéramos más arriba, las dos perspectivas teóricas más influyentes a la hora de pensar las bases del Derecho Penal son el consecuencialismo y el retributismo – posiciones más bien opuestas, según viéramos. A la vez, y por ello mismo, ambos enfoques proponen modelos muy diferentes de actuación judicial, en el proceso de toma de decisiones. Según entiendo, ambos modelos merecen ser impugnados, a partir de básicas preocupaciones deliberativas.

Permítanme empezar explorando el modelo de discreción judicial en el Derecho Penal, el cual ha sido comúnmente asociado con el consecuencialismo/bienestarismo penal, conforme viéramos. De acuerdo con esta perspectiva, los jueces deben usar sus amplios márgenes de discreción para fomentar las metas rehabilitativas/reintegrativas de la perspectiva consecuencialista. Los jueces deben usar el tratamiento correctivo que mejor se adecue a la personalidad y circunstancias del agresor. Así, y por ello mismo, los ofensores considerados “más peligrosos” tendieron a recibir respuestas punitivas más severas, mientras que aquellos que provenían de entornos sociales más “degradados” (*rotten*) tendieron a recibir respuestas más laxas desde el aparato judicial. Los castigos que recibían unos y otros eran sensibles a tales consideraciones (discrecionales) de la justicia. Ésta era, finalmente, la lógica del *welfarismo* penal. Y ésta fue, a la vez, la razón fundamental de las numerosas críticas recibidas por este enfoque: los críticos consideraban que los jueces usaban su poder discrecional en formas radicalmente discriminatorias.

Mientras tanto, en el modelo retributista, la idea era que los ofensores con antecedentes similares, que cometían crímenes similares, debían recibir también sentencias similares. Fue habitual, bajo este paradigma, que los legisladores emitieran estrictas directrices para sentencias, de modo tal de asegurar que los jueces se convirtieran, exclusivamente, en “estrictos aplicadores de la ley.” Para los proponentes de este modelo de sentencias judiciales, la idea era prevenir los excesos y problemas asociados con el paradigma anterior, es decir, terminar con el injusto patrón de discrecionalidad judicial y trato discriminatorio propios del *welfarismo* penal.

Contra ambas alternativas, me interesa proponer un enfoque diferente, capaz de conectar la decisión judicial con la democracia deliberativa. Por supuesto que la relación entre la democracia deliberativa y la decisión judicial no parece evidente: por un lado, no es claro si la democracia deliberativa requiere o no –directamente- de un sistema de control judicial, con rasgos cercanos a los que conocemos. Sin embargo, me interesa sostener que los jueces pueden jugar un papel importante dentro del marco de una democracia deliberativa.

Ello debiera resultar claro, en primer lugar, una vez que reconocemos que todos nosotros –y, más notablemente, aquellos que ocupan posiciones políticas, por las dificultades y presiones propias del cargo- podemos tener fallas en nuestro razonamiento, que impliquen el riesgo de afectar los derechos de los demás. Necesitamos, por tanto, de mecanismos que nos ayuden a corregir y repensar nuestras decisiones. Nuestras decisiones siempre son y serán susceptibles de implicar errores lógicos y fácticos. Ellas pueden resultar sesgadas, por lo demás, y como sabemos, por

falta de conocimiento sobre cierta información relevante, o por prejuicios. Más todavía, el sistema político y sus miembros se ven habitualmente acorralados por grupos de interés que presionan por la adopción de decisiones parciales. Tales dificultades deberían motivar a los demócratas deliberativos a resistir aquellas decisiones que: i) sean capaces de socavar la deliberación presente o futura (decisiones que están basadas en una *deliberación restrictiva*); ii) sean el producto de un sistema de deliberación severamente imperfecto (decisiones que resultan de *vicios de procedimiento*); o iii) sean el resultado circunstancial de un proceso de decisión que, en un caso particular, no fue capaz de asentarse sobre razones públicas (decisiones basadas en una *deliberación imperfecta*). Lo que quieren los demócratas deliberativos es asegurar que la discusión “no sea distorsionada por el poder privado” (Sunstein, 1985, 68; Habermas, 1996, 274-286). Por lo dicho, un sistema deliberativo bien organizado puede necesitar la existencia de mecanismos institucionales que preserven e intensifiquen su carácter deliberativo.

Teniendo en cuenta consideraciones como las señaladas, podríamos concluir fácilmente que los jueces se encuentran institucionalmente bien situados para contribuir a un proceso adecuado de deliberación colectiva: el poder judicial es la institución encargada de recibir los reclamos de todos aquellos que son o que sienten que han sido tratados inadecuadamente por el proceso de toma de decisiones. Más todavía, los jueces se encuentran institucionalmente obligados a escuchar a las diferentes partes de un conflicto – y no solamente al lado que reclama haber sido maltratado.

Ahora bien, no es sólo que los jueces se encuentran institucionalmente bien ubicados para enriquecer el proceso deliberativo, ayudándonos a todos a corregir sesgos indebidos. Los jueces se encuentran en posesión de diferentes herramientas capaces de facilitar y promover la deliberación. Por un lado, los jueces tienen buenas posibilidades de detectar cómo es que está funcionando un proceso deliberativo. Al mismo tiempo, los jueces tienen la posibilidad de actuar, poniendo en marcha tales mecanismos, de formas que sean perfectamente respetuosas de la voluntad colectiva y sus órganos representativos¹⁶: ellos cuentan tanto con instrumentos suficientes como con medios procesales capaces de permitirles actuar de manera consecuente¹⁷.

Una buena demostración de lo que podría hacer una corte dialógica, comprometida con una democracia dialógica, puede verse en un conflicto judicial que involucró la apropiación ilegal de propiedad, y que apareciera en el caso “Grootboom,” en Sudáfrica¹⁸. El caso involucró a Irene Grootboom y otros residentes que habían ocupado ilegalmente una porción de tierra, en la Provincia de Western Cape. Dadas las condiciones de vida extremadamente difíciles que padecían los ocupantes ilegales, y además, la inacción del Estado que había ayudado a generar dicha situación de infortunio (muchos de los ocupantes ilegales habían aplicado a un programa de vivienda pública durante largo tiempo, sin obtener respuesta alguna por parte del Estado), los

¹⁶ Este no es un punto menor: los demócratas deliberativos tienen buenas razones para favorecer la existencia de controles judiciales, pero también para objetar los sistemas institucionales que simplemente quitan la “última decisión democrática” de las manos del pueblo y sus representantes.

¹⁷ Los jueces pueden, por caso, devolver cierta norma al Congreso, obligándolo a pensar dos veces sobre la misma; pueden declarar que cierto derecho ha sido violado, sin imponerles una solución particular a los legisladores; pueden establecer que cierta violación de derechos debe ser solucionada en cierto periodo de tiempo, sin tomar el lugar de los legisladores sobre cuál remedio legal es el que corresponde tomar; pueden ofrecer al legislador una serie de remedios alternativos, dejándoles la decisión final para tomar (Ver por ejemplo Fabre 2000).

¹⁸ “República de Surafrica v. Grootboom”, Caso número CCT 11/00.

ocupantes comenzaron a desplazarse y a ocupar lotes de propiedad privada. El dueño de la tierra ocupada llevó el caso a los tribunales, y en diciembre de 1998 la justicia ordenó un desalojo. Sin embargo, y dada la resistencia de los ocupantes (quienes se mantuvieron en el sitio), estos fueron excluidos de la tierra, por la fuerza, y sus pertenencias destruidas, en mayo de 1999. Finalmente, el caso llegó a la Corte Constitucional en mayo de 2000 y los apelantes solicitaron que se tuvieran en cuenta dos provisiones de la Constitución de Sudáfrica, las cuales se referían a la obligación del Estado de tomar medidas legislativas razonables para asegurar la realización progresiva del derecho a la vivienda adecuada (sección 26 de la Constitución), y el derecho de los niños a tener un lugar donde albergarse (sección 28).

En su histórica decisión – una decisión, a la vez, simple y modesta- la Corte Sudafricana dictaminó que la pregunta principal del caso era “si las medidas tomadas por el Estado para realizar el derecho protegido por la sección 26” eran razonables. En su conclusión, el tribunal condenó al Estado sosteniendo que como el programa de vivienda del Estado no tenía ninguna provisión para el beneficio de los apelantes, las políticas del gobierno no podían ser consideradas como razonables. La obligación del Estado –sostuvo la Corte- era proveer “infraestructura legal y administrativa” para asegurar el acceso a la vivienda bajo una “base coordinada y programática, sujeta a los recursos disponibles”. La Corte también condenó el desalojo que, en su opinión, había sido llevado a cabo de una forma que también implicó incumplir las obligaciones constitucionales correspondientes al Estado. La Constitución –concluyó la Corte- “obliga al estado a actuar positivamente para mejorar” las condiciones de apelantes desaventajados como los del caso.

A través de esta decisión –conviene advertirlo- la Corte ni actuó como un órgano que, simplemente, “aplica las leyes de modo estricto,” ni tampoco intentó imponer sus propios criterios sustantivos sobre las ramas políticas. La Corte no asumió una posición “herculeana” para decirle a los políticos cómo lidiar con el tema de la pobreza, o en qué consistía contar con un plan adecuado de vivienda. Mucho menos (y invocó, para decidir, a una supuesta “mayoría social” interesada en establecer penas más severas frente a los crecientes crímenes y desafíos al derecho provenientes, en apariencia, desde los sectores más desaventajados (criterio que podría haber sido sugerido por el populismo penal). En lugar de todo ello, la Corte hizo un llamado al poder político para desarrollar un plan razonable de viviendas, capaz de asegurar el alivio de un grupo muy amplio de personas desfavorecidas. La Corte no interpretó la Constitución como si ésta le exigiera al gobierno asegurar que todo el mundo cuente con una vivienda digna, de un cierto tipo. Más bien, le exigió al gobierno que diseñara un plan de emergencia para los necesitados –cualquiera que fuera el plan razonable que el gobierno decidiera adoptar, según su capacidad democrática y autoridad. La Corte no le impuso a las autoridades políticas que adoptaran medidas sustantivas particulares, sino un “programa coherente y coordinado” ajustado a las obligaciones constitucionales. Desafiando los caminos propuestos por el *welfarismo* y el retributivismo penales, la Corte se embarcó en una discusión con las ramas políticas del poder, destinada a ayudar a estos últimos a cumplir con sus obligaciones constitucionales. Ésta fue, según entiendo, una pequeña y decisiva lección que dio la Corte Sudafricana a quienes pensaban que había una tensión irreductible entre intervención de la justicia, derechos

sociales y democracia. Fue una buena lección, por lo demás, de lo que podría aspirar a realizar una Corte motivada por preocupaciones dialógicas.¹⁹

Consideraciones finales

En las páginas anteriores, examinamos los principales paradigmas a partir de los que se piensa el sistema de la Justicia Criminal, y algunas de las dificultades que muestran tales paradigmas para lidiar con cuestiones propias de la Justicia Social. Los enfoques seleccionados fueron tres: el consecuencialismo, el retributivismo, y el populismo penal. Señalé que los tres paradigmas nacieron y fundaron su atractivo señalando la capacidad que les era propia, para atender cuestiones básicas de justicia social (los crímenes sufridos especialmente por los más desaventajados; la necesidad de evitar que los sectores más desaventajados sean sistemáticamente seleccionados como blancos de la punición estatal, etc.). Sin embargo, me interesó mostrar la dificultad de los tres enfoques para sostener tales promesas y aspiraciones igualitarias. Más todavía, sostuve que, en su aplicación práctica, dichos paradigmas tendieron a afectar más que a aliviar los problemas sufridos por los grupos más débiles de la sociedad. Finalmente, defendí un paradigma alternativo, apoyado en una concepción deliberativa de la democracia, y sostuve que el mismo podía resultar atractivo, especialmente, para someter a crítica y pensar alternativas sobre los paradigmas penales dominantes. Muy en particular, mostré algunas consecuencias que podrían seguirse del tomar en serio dos de los principales compromisos teóricos de este nuevo enfoque: el compromiso con la inclusividad (aplicado a una crítica del carácter elitista del diseño de las políticas penales actuales), y el compromiso con la deliberación democrática (aplicado a una revisión de los modos en que se concibe el Proceso de la Justicia Criminal).

Alschuler, A. (1991), "The Failure of Sentencing Guidelines: A Plea for Less Aggregation," *The University of Chicago Law Review*, vol. 58, n. 3 (summer), 901-951.

Ashworth, A. (1991), *Principles of Criminal Law*, Oxford: Criminal Law.

Bazelon, D. (1976) "The Morality of the Criminal Law," *Southern California Law Review* 49, 385-405.

Bazelon, D. (1976b) "The Morality of the Criminal Law: A Rejoinder to Professor Morse," *Southern California Law Review* 49, 1269.

Bazelon, D. (1988), *Questioning Authority: Justice and the Criminal Law*, New York: Alfred Knopf.

Bedau, H. (1991), "Punitive Violence and Its Alternatives," in J. Brady and N. Garver, eds., *Justice, Law, and Violence*, Philadelphia: Temple University Press, pp. 193-209.

Bottoms, A. (1995) "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing," in C. Braithwaite, J. & Pettit, P. (1990), *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press.

Clarkson and R. Morgan (eds) *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford: Clarendon Press.

¹⁹ Vale notar que este caso ayudó a Cass Sunstein a cambiar su visión original sobre el *judicial enforcement* de los derechos sociales. Para él, el caso demuestra la manera en que la Corte puede honrar el cumplimiento de tales derechos sociales, sin socavar la autoridad democrática del legislativo.

- Carlen, P. (1989), "Crime, Inequality and Sentencing," in R. Duff and D. Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford: Oxford University Press, 306-32.
- Carlen, P. (1992) "Criminal women and criminal justice: the limits to, and potential of, feminist and left realist perspectives," in R. Matthews and J. Young (eds), *Issues in Realist Criminology*, London: Sage.
- Delgado, R. (1985), "Rotten Social Background: Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?" *Law and Inequality*, 3, 9-90.
- Duff, A. (1998), "Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability," 18 *Oxford Journal of Legal Studies* 189-206.
- Duff, R.A. (2001), *Punishment, Communication, and Community*, Oxford: Oxford University Press.
- Duff, A. (2004), "I Might me Guilty, But You Can't Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial," 1 *Ohio St. J. Crim. L.* 245.
- Duff, R. A., and S. Marshall (1996), *Penal Theory and Practice*, Manchester, U.K.: Manchester University Press.
- Dworkin, R. (2006), *Justice in Robes*, London: Belknap Press.
- Dworkin, R. (1997), *Freedom's Law*, Cambridge: Harvard University Press.
- Elster, J. (1986), "The Market and the Forum," in J. Elster. and A. Hylland, eds. (1986), *Foundations of Social Choice Theory* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Ely, J. (1991), *Democracy and Distrust*, Cambridge: Harvard University Press.
- Fabre, C. (2000), *Social rights under the Constitution. Government and the Decent life*, Oxford University Press, Oxford.
- Gewirth, A. (1978), *Reason and Morality*, Chicago: Chicago University Press.
- Habermas, J. (1996), *Between Facts and Norms*; Cambridge: MIT Press.
- Hart, H. (1968), *Punishment and Responsibility*, Oxford: Oxford University Press.
- Heffernan, W.(2000), "Social Justice/Criminal Justice," in W. Heffernan and J. Kleinig eds., *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Heffernan, W.; Kleinig, J. (2000), *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Honderich, T. (1985), "'Punishment, the New Retributivism, and Political Philosophy,'" in P. Griffiths ed., *Philosophy and Practice*.
- Houtzager, P. (2007), "El movimiento de los sin tierra, el campo jurídico, y el cambio social en Brasil," in B. Santos and C. Rodríguez Garavito, *El Derecho y la Globalización desde Abajo*, Barcelona: Anthropos.
- Hudson, B. (1993), "Racism and Criminology: Concepts and Controversies," in D. Cook and B. Hudson, eds., *Racism and Criminology*, London: Sage.
- Hudson, B. (1995), "Beyond Proportionate Punishment: Difficult Cases and the 1991 Criminal Justice Act," *Crime, Law and Social Change* 22, 59-78.
- Lacey, N. (1988), *State Punishment*, London: Routledge.
- Lacey, N. (2001) "Social Policy, Civil Society and the Institutions of Criminal Justice," *Australian Journal of Legal Philosophy*, 26, 7-25.
- Moore, M. (1985), "Causation and the Excuses," *California Law Review* 73, 1985.
- Morse, S. (1976), "The Twilight of Welfare Criminology: A Reply to Judge Bazelon," *Southern California Law Review*, 49, 1247.
- Morse, S. (1976b), "The Twilight of Welfare Criminology: A Final Word," *Southern California Law Review*, 49, 1275.
- Murphy, J. (1973), "Marxism and Retribution," *Philosophy and Public Affairs* 2, 217-43.
- Nino, C. (1973), *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires: Astrea.

- Nino, C. (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*, Conn.: Yale U.P.
- Nino, C. (2008), *Fundamentos de derecho penal*, Buenos Aires: Gedisa.
- Pettit, P. (1997b), *Republicanism*, Oxford: Oxford University Press.
- Rawls, J. (1955), "Two Concepts of Rules," *The Philosophical Review* 64 (1), 3-32.
- Rawls, J. (1971), *A Theory of Justice*, Harvard: Cambridge University Press.
- Rawls, J. (1991), *Political Liberalism*, New York: Colombia University Press.
- Reiman, J. (2007, 8th edition), *The Rich Get Richer and the Poor Get Prison*, Boston: Library of Congress.
- Roberts, J. et al (2003), *Penal Populism and Public Opinion*, Oxford: Oxford University Press.
- Ryan, M. (1999), "Penal Policy Making Towards the Millennium: Elites and Populists; New Labor and the New Criminology," *International Journal of the Sociology of Law* 27, 1-22.
- Sadurski, W. (1989), "Theory of Punishment, Social Justice and Liberal Neutrality," *Law and Philosophy* 7, 351-3.
- Scanlon, T. (2007), "When Does Equality Matter?," manuscript originally presented at the John Kennedy School of Government, Harvard University.
- Sunstein, C. (1985), 'Interest Groups in American Public Law', *Stanford Law Review*, Vol. 38, pp. 29-87.
- Sunstein, C. (2001), *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge: Harvard University Press.
- Sunstein, C. (2002), *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford: Oxford University Press.
- Thayer, J. (1893), "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law," *Harvard Law Review* 7, 129, 151-56.
- Thompson, D. (1999). 'Democratic Theory and Global Society', *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 7(2), pp. 111-125.
- Tonry, M. (1994), "Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishments," in R. A. Duff and D. Garland, *A Reader on Punishment*, Oxford: Oxford University Press.
- Tonry, M. (1995), *Malign Neglect. Race, Crime, and Punishment*, New York: Oxford University Press.
- Tulloch, G., Buchanan, J., Kershaw Rowley, C. (2004), *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Indiana: Liberty Fund.
- Tushnet, M. (2000), *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press.
- Von Hirsch, A. (1976), *Doing Justice*, New York: Hill and Wang.
- Von Hirsch, A. (1998), "Penal Theories," in M. Tonry ed., *The Handbook of Crime and Punishment*, New York: Oxford University Press, 659-682.
- Waldron, J. (1993), *Liberal Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Waldron, J. (1999), *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Waldron, J. (2000), "Why Indigency is Not a Justification," in W. Heffernan and J. Kleinig eds., *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.
- Waldron, J. (2000), "Why Indigence is Not a Justification," in W. Heffernan and J. Kleinig eds., *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.