

RIESGO Y DERECHO PENAL. SOBRE PRESUPUESTOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO PENAL EN EL ESTADO DE DERECHO.

Juan Antonio García Amado
Universidad de León (España)

RESUMEN.- En el moderno Estado de Derecho el Derecho penal se justifica como garantía de la libertad, por lo que no cabe usarlo para suprimir la libertad individual en nombre de la seguridad colectiva. Es ese presupuesto de la libertad y el supremo valor del individuo el que da sentido a los principios penales de culpabilidad y proporcionalidad. El Derecho Penal del Estado de Derecho es también un Derecho penal de asunción de riesgos, pues arriesgado es castigar al delincuente sin eliminar de raíz su humanidad y su libertad.

PALABRAS CLAVE.- Derecho penal, riesgo, culpabilidad, proporcionalidad, seguridad, retribución, utilitarismo.

1. Introducción. El carácter antiliberal y antimoderno del “Derecho penal de la seguridad”.

El llamado hoy por algunos “derecho penal post-preventivo¹” o “Derecho penal de la seguridad” tal vez tiene la siguiente característica diferenciadora. La doctrina prevencionista inmediatamente anterior, en su versión de prevención general, partía de que existían unas normas sociales justas y legítimas, que como tales, merecían acatamiento por parte del ciudadano racional y moral. Quien atentaba contra ellas iba contra el fundamento moral de la nación, contra las bases primeras del contrato social. La sociedad no existía ni por necesidad natural de corte aristotélico o tomista, ni como bien en sí por el sólo hecho de engendrar un orden que pone coto a los riesgos de la libertad irrestricta, al modo hobbesiano, sino que la existencia de sociedad se justifica por la suma de prestación a la seguridad/orden más realización de la libertad individual, pues el orden común es resultado de la negociación entre sujetos libres, de la interacción de libertades y de la limitación libremente consentida de dichas libertades de cada uno. En consecuencia, el Derecho penal tiene que servir a la protección no del orden social *tout court*, sino del orden social legítimo: el que sea máximamente compatible con la libertad. Así pues, la prevención general negativa pone la pena como instrumento para que socialmente se tema la vulneración de ese orden legítimo de libertad y

¹ Cfr. Albrecht, Peter-Alexis, “Das nach-präventive Strafrecht: Abschied vom Recht“, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (ed), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Frankfurt, etc: Peter Lang, 2007, pp. 3ss.

libertades, y la prevención general positiva pretende hacer de la pena un instrumento para la didáctica de dicho orden legítimo.

El actual Derecho penal post-preventivo se configura a base de desconectar la función preventivo-general y la legitimación “liberal” del orden social. El orden por el orden justifica una praxis punitiva del Estado que, por tanto, ya no va a tener su límite constitutivo en la compatibilidad con las libertades básicas de cada uno, incluido el delincuente, y con una idea de dignidad individual cargada históricamente de contenido normativo bien preciso. Si la justificación del orden antecede a la justificación de la libertad y es independiente de ella, el respeto a la libertad ya no es condición para la válida y legítima defensa del orden². Si el orden vale por sí y como condición de posibilidad de la sociedad, al margen del valor del individuo particular y su libertad, el valor del individuo ya no es condición de la legitimidad de los medios de defensa del orden.

Ahora se trata de salvaguardar el orden social, el que sea y por el hecho de ser orden. Si ya no hay diferencia entre orden legítimo e ilegítimo por razón de los contenidos de las normas que los constituyen y de la relación de éstas con la libertad de los sujetos individuales, decae el motivo para ver en el respeto a la libertad la condición de legitimidad de la defensa del orden. Más aún: cuanto menos un orden pretende legitimarse por la libertad, por el contrato social que la asegure, tanto más ese orden se pensará en riesgo por obra misma de la libertad y tanto más se querrá defender, precisamente, frente al desorden derivado de las libertades, frente al riesgo que la libertad representa para el orden. El orden absoluto sólo cabe en ausencia total de libertad, y de ahí que el orden liberal sólo puede concebirse como orden provisional, tentativo, inestable y en permanente riesgo. Mas esa asunción de su riesgo esencial es definitoria de dicho orden liberal y, con ello, del Estado de Derecho: en el momento en que ese orden liberal quiere eliminar el riesgo de su crisis o disolución, se niega a sí mismo y se retrotrae a formas anteriores históricamente acontecidas: a un orden basado en un poder no sometido a normas jurídicas, por encima del Derecho: a un Estado absoluto³.

Asistimos a una curiosa y paradójica inversión del proceso histórico. Antes de que la libertad pudiera asegurarse en el Estado, hubo de asegurarse el orden, la paz social. Por eso Hobbes tuvo que anteceder a Kant y el Estado absoluto tuvo que ser anterior al Estado liberal-democrático. En

² Explica Manuel Cancio que “(D)esde el punto de vista de numerosos autores, en la evolución actual tanto del Derecho penal material como del Derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político criminal los rasgos de un <<Derecho penal de la puesta en riesgo>> de características antiliberales” (Cancio Meliá, Manuel, ““Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, *Jueces para la Democracia*, nº 44, 2002, p. 19).

³ Contundentemente, dice Zaffaroni: “Si la seguridad es de los bienes jurídicos, el debilitamiento de las garantías deja a la población a merced de la arbitrariedad policial, lo que importa una amenaza estatal a todos los bienes jurídicos, incluyendo la propia vida” (Zaffaroni, Eugeino Raúl, “El Derecho penal liberal y sus enemigos”, en Zaffaroni, E. R., *En torno a la cuestión penal*, Buenos Aires: B. de F., 2005, p. 157).

cambio, ahora se suprime la libertad para asegurar el orden. Pasamos de ver en el orden el medio para la libertad, a ver en la libertad el supremo peligro para el orden.

2. Culpabilidad y proporcionalidad penales: condiciones del Estado de Derecho.

Dos límites, no siempre bien diferenciados, se vienen poniendo a la lógica puramente preventiva y utilitarista del Derecho penal: la culpabilidad y la proporcionalidad. El primero alude a la imputabilidad del que es castigado, excluyendo que con fines puramente aleccionadores para los demás se haga objeto de la pena a quien no es ni puede ser dueño de sus actos; el segundo tiene que ver con la necesaria equivalencia entre la gravedad del daño que la acción delictiva produce y la gravedad de la pena que por ella se impone.

Frente a los excesos punitivos que acompañan ya y pueden acompañar todavía más al paradigma de la seguridad, y especialmente en lo que tiene que ver con ese cajón de sastre en que, como concepto jurídico, se ha convertido el terrorismo, es ineludible mostrar que los dos principios mencionados, el de culpabilidad y el de proporcionalidad, no son meras proclamas propias de una ética deontológica que compite con el patrón utilitarista como fundamento ético del sistema jurídico-penal, sino requisitos conceptualmente ligados a la idea misma de Estado de Derecho, condiciones de posibilidad del Estado de Derecho, piezas básicas de su mecánica operativa, sin las cuales no puede en propiedad realizarse.

Si eso es así, el reto teórico y práctico para evitar que en nuestros Estados se evapore esa condición de Estado de Derecho por obra de un punitivismo desbocado, de un populismo penal manipulador y de la consiguiente crisis de las garantías formales de los ciudadanos en general y de los sometidos a investigación o proceso penal en particular, consistirá en fundamentar esa ligazón sustancial entre el Estado de Derecho y dichos dos límites deontológicos a cualquier “funcionalización” del Derecho penal al servicio de fines colectivos: el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad.

2.1. Culpabilidad penal como homenaje al sujeto.

¿Qué relación cabe trazar entre principio de culpabilidad y Estado de Derecho? El moderno Estado constitucional y democrático de Derecho está sustancial y constitutivamente ligado a un modelo de ciudadano como sujeto autónomo, en razón del cual se justifica la erección misma del Estado y la imposición de ese orden social artificial que es el Derecho y que, al tiempo, limita esa misma libertad de cada uno para hacer posible que sean todos libres por igual y en la medida más alta posible. Al poner, según la síntesis kantiana de esta filosofía de fondo, a cada individuo como razón de ser del orden social y como valor supremo que no admite sacrificio para ningún fin

colectivo, supraindividual, se están sentando varias notas definitorias de este tipo de Estado. En lo político, el poder del Estado sólo puede provenir de la base social, entendiendo ésta no de modo holista o colectivista, sino como agregación, como suma de las voluntades de todos y cada uno de los ciudadanos, las cuales, en ese proceso de decantación por vía democrática, quedarían expurgadas de sus elementos insolidarios e incompatibles con el orden de conjunto resultante. En lo económico, cada ciudadano ha de poder comprar y vender en ese nuevo foro que es el mercado, pero ninguno puede ser comprado ni vendido en él, pues la libertad es nota definitoria de los agentes y queda sustraída a todo comercio. En lo moral, la libertad de cada individuo empieza por la libertad de su conciencia, ya que si a la conciencia de los sujetos se le imponen desde fuera, heterónomamente, las creencias debidas, dicho sujeto ya no será propiamente libre sino que, todo lo más, se creará libre sin serlo. Cada cual ha de poder acogerse a la moral que quiera, sin más límite que ese respeto consustancial a la libertad de conciencia idéntica de todos los demás, de tal manera que a todos se puede tratar de convencer, pero a ninguno se podrá forzar a abrazar la doctrina moral que no desea. En lo jurídico, y en particular en lo penal, se ha de velar, ante todo y sobre todo, porque nadie sea utilizado como puro instrumento al servicio o en beneficio de nadie, ni de otro sujeto ni de la colectividad entera, pues, si así ocurriera, se estaría haciendo posible que individuos fueran sustraídos de su papel como copropietarios y corresponsables del orden social, estableciendo diferencias de trato incompatibles con su igual dignidad y sus idénticos derechos básicos en lo político, lo económico y lo ético: se posibilitaría que alguno fuera privado de su condición de ciudadano político, de agente económico y de sujeto moral autónomo.

Más en concreto, ¿por qué, pues, el principio penal de culpabilidad? Veámoslo desde sus dos dimensiones. Por un lado, porque penar al que propiamente no es dueño de sus acciones implica asumir que el Derecho penal no dialoga con el delincuente, sino con el resto de los ciudadanos a costa del delincuente, usándolo como moneda de cambio o como objeto⁴ al que se atribuye un determinado valor (negativo). Significa que el Derecho prescinde del propósito de ser un instrumento consciente en manos de los ciudadanos que son los legítimos titulares del poder normativo y que lo utilizan para la autolimitación en común de su libertad. Castigar al que no puede entender las razones de su pena es ensañamiento que o bien trata de degradar su persona por razón

⁴ Dos citas del Tribunal Constitucional Alemán: “Alle Staatsgewalt hat den Menschen in seinem Eigenwert, seiner Eigenständigkeit zu achten und zu schützen. Er darf nicht "unpersönlich", nicht wie ein Gegenstand behandelt werden, auch wenn es nicht aus Mißachtung des Personenwertes, sondern in "guter Absicht" geschieht” (BVerfGE, 230, 1, 140). “Der Staatsgewalt is in allen ihren Erscheinungsformen die Verpflichtung auferlegt, die Würde des Menschen zu achten und sie zu schützen. Dem liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistigsittlichen Wesen zu Grunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und zu entfalten. Diese Freiheit versteht das Grundgesetz nicht als diejenige eines isolierten und selbtherrlichen, sondern als die eines gemeinschaftsbezogenen und gemenischtsgebundenen Individuums” (BVerfGE 45, 187, 227).

de algún tipo de tara que produzca rechazo social, o bien pretende utilizarlo como objeto mediante el que aleccionar a los demás, con un mensaje de tipo “fíjate lo que te puede ocurrir a ti, que sí eres responsable de tus actos, cuando le hacemos esto a éste, que ni siquiera lo es de los suyos”. Tanto en un caso como en otro, el grupo social se ensaña con alguien que, al ser hecho penalmente imputable cuando no se dan los requisitos razonables mínimos para ello, es rebajado de su condición humana en igualdad. Es la paradoja de privar de su igual dignidad, su condición de humano de igual valor, a aquel al que forzosamente se hace imputable y, en consecuencia, se castiga.

El principio de culpabilidad debe requerir, como segunda dimensión o como reverso, el castigo del que realice la acción tipificada como delito de modo culpable, con la requerida conciencia y siendo dueño de sus acciones. No hacerlo así, cuando sea posible, supone introducir otra cesura entre los ciudadanos, que dejarían de ser iguales ante la ley, destinatarios idénticos de los mandamientos de ésta y responsables por su vulneración al margen de cualquier característica coyuntural o accesoria de cada uno. Unos estarían tácitamente habilitados para hacer lo que a otros les está vedado bajo amenaza de castigo y, de esa manera, difícilmente se podrá ver la comunidad política como formada por sujetos que desde su igual dignidad participan de la misma forma y con idénticos derechos en la conducción de los asuntos políticos (mediante los derechos políticos), de los asuntos económicos (en el mercado y mediante los derechos económicos) y en el debate moral entre todos sobre la forma más justa de organizarse colectivamente en cada momento (mediante una serie de libertades que comienzan por la libertad de conciencia).

Un Estado en el que se castigue a quien no puede en puridad tener culpa o en el que a la hora de castigar se discrimine entre los sujetos que la tienen o pueden tenerla por igual, será un Estado en el que se estarán esfumando los presupuestos mínimos de antropología filosófica sobre los que se asienta esto que llamamos contemporáneamente Estado de Derecho⁵: ni todos los individuos humanos serán ciudadanos con igual dignidad (algunos podrán ser tratados como meros objetos o instrumentos para el bien de otros), ni todos los ciudadanos con igual dignidad serán tratados como poseedores del mismo valor (los habrá de primera -los que pueden hacer lo que a otros les está prohibido-, y de segunda -los que no pueden hacer lo que a otros les está permitido-).

⁵ En palabras de Hassemer: “El principio de culpabilidad (...) posibilita la <<imputación subjetiva>>, es decir, la vinculación de un acontecer injusto con la persona actuante. Por muy simple que pueda parecer, este mecanismo es, sin embargo, fundamental para nuestra cultura jurídico-penal. Parte de la hipótesis de que el delito -aun cuando se acepten absolutamente la co-causación y la corresponsabilidad de la sociedad- sólo es perceptible como hecho de un autor (...). En esta dimensión del principio de culpabilidad se pone de manifiesto un esquema fundamental de nuestra cultura, y de nuestra cultura jurídica: la idea de que las personas producen y pueden dirigir resultados en el mundo externo, y la idea también de que ante una lesión de intereses humanos es lícita y discutible la cuestión de quién es el causante humano de esta lesión” (Hassemer, Winfried, “Alternativen zum Schuldprinzips?”, en Baumgartner, Hans Michael, Esser, Albin (eds.), *Schuld und Verantwortung: Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1983, 93).

El principio penal de culpabilidad presupone la libertad del delincuente como fundamento de su responsabilidad. Esto nos lleva a la cuestión del libre albedrío y al problema de demostrar que no nos determina en todo caso una ciega causalidad de la que no tenemos conocimiento ni conciencia. Como dice Roxin, glosando a los revisionistas del principio de culpabilidad, “la culpabilidad supone que el delincuente hubiera podido actuar de un modo distinto a como lo ha hecho; pero una <<libertad de la voluntad>> de esta clase no existe o, como todo el mundo reconoce, no se puede demostrar científicamente; aunque existiera en abstracto, no se podría demostrar en todo caso con seguridad si un delincuente concreto puede actuar de un modo distinto en el momento de cometer el delito”⁶. No cabe aquí entrar en los fundamentos filosóficos del libre albedrío, pero sí cabe mantener la siguiente tesis: el Derecho, y en particular el Derecho moderno, al presuponer la libertad la constituye como dato jurídico y como base del funcionamiento mismo del propio sistema jurídico. Bajo esta óptica, el Derecho no nos reconoce como libres porque seamos libres, sino que jurídicamente somos libres porque el Derecho da por sentada nuestra libertad⁷.

2.2. La proporcionalidad y su medida.

¿Y cuál es la relación entre el principio de proporcionalidad penal y el Estado de Derecho? Este principio requiere que la pena por un delito no sea desproporcionadamente mayor que la gravedad de éste, que el daño que la acción delictiva comporta para el bien que la respectiva norma penal protege.

Esta idea de proporcionalidad requiere ineludiblemente un tercer elemento, un *tertium comparationis*: el metro. Es una misma unidad de medida la que debe servir de base para establecer y comparar esas dos magnitudes negativas: cuánto es el valor del daño y cuánto es el valor de la pena. En realidad, el principio de proporcionalidad vendría a exigir dos cosas. Una, que es la que se suele mencionar, dado que este principio normalmente se invoca como límite frente a los excesos punitivos, que la pena no sea desproporcionadamente superior al disvalor del delito. Otra, que tampoco sea desproporcionadamente inferior. Lo primero haría injusticia al delincuente; lo segundo

⁶ Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, trad. de F. Muñoz Conde, p. 41.

⁷ Dice Kelsen: “(N)o es la libertad, es decir, la no determinación causal de la voluntad, la que hace posible la imputación, sino justamente al revés: es la determinabilidad de la voluntad la que la posibilita. El hombre no es objeto de imputación por ser libre, sino que el hombre es libre porque es objeto de imputación. Imputación y libertad se encuentran, de hecho, esencialmente entrelazados, pero esa libertad no puede excluir la causalidad, y, en realidad, no lo hace. Si la afirmación de que el hombre, como personalidad moral o jurídica es libre, ha de tener algún sentido posible, esa libertad moral o jurídica ha de poder conciliarse con la determinación por leyes causales de su conducta. El hombre es libre, en razón y en tanto y en cuanto a una determinada conducta humana, como condición, puede imputarse un premio, una penitencia o una sanción penal; no porque esa conducta no se encuentre causalmente determinada, sino aunque esté causalmente determinada; más, por estar causalmente determinada” (Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México: UNAM, 1982, trad. de R. Vernengo de la segunda edición alemana, p. 112).

haría injusticia a la víctima⁸. Pero no es éste el asunto que aquí nos toca tratar, sino del de cómo se relaciona este principio de proporcionalidad con el Estado de Derecho. Mas debemos necesariamente comenzar por una cuestión previa, la de cuál sea o dónde esté ese metro imprescindible.

Sólo caben dos posibilidades en lo referido a los orígenes o la fuente de dicho metro con el que se medirán las reseñadas proporciones: o está preconstituido en algún orden ontológico necesario y presocial (el orden de la Creación, la naturaleza humana, la naturaleza de las cosas...) o depende de parámetros socialmente contingentes y atinentes a la moral del grupo social de que se trate.

La afirmación de lo primero tiene muy complicado encaje en los esquemas del Estado constitucional y democrático de Derecho. En efecto, atribuir a una moral objetiva y supremamente verdadera la decisión sobre qué bienes son los merecedores de la protección reforzada del Derecho penal y sobre cuál sea el precio que merecen los atentados contra tales bienes significa sustraer dichas cuestiones al debate social y a la decisión colectiva por vía democrática y hacerlo desde el presupuesto de que la conciencia moral de los ciudadanos tiene un papel secundario o marginal frente a esa suprema verdad predeterminada, y que es ésta la que debe establecer los patrones organizativos del orden social.

Cuanto más denso sea el contenido de esas verdades presociales, sustraídas a la libertad de conciencia de los individuos y a la consiguiente decisión de las mayorías y, por consiguiente, condicionadoras de contenidos –positivos o negativos- necesarios de las normas jurídicas, tanto más espacio se arrebatara a la soberanía popular y tanto más se hace a los individuos objetos de una

⁸ Con este modo de hablar, difícilmente evitable, estamos ya dejando ver la estrecha relación existente entre principio de proporcionalidad y concepción retributiva o retribucionista de la pena.

La reciente doctrina anglosajona ha resaltado la tensión que el sistema penal se experimenta en la actualidad entre tres aspectos: el papel del Estado, monopolizador de la coacción, en la definición de las penas que corresponden al interés general; el papel del “derecho” del delincuente a ser tratado como persona susceptible de resocialización; y el papel de las víctimas y de su originario “derecho” a la venganza o formas de la misma que, no por sublimadas en manos del Estado, dejen de hacer justicia al daño padecido. Vid., por ejemplo, McCormick, Neil/Garland, David, “Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish”, en Ashworth, A., Wasik, M., *Fundamentals of Sentencing Theory. Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Oxford University Press (USA), 1998 pp. 11ss.; Gardner, John, “Crime: In Proportion and in Perspective”, en Gardner, John, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 213ss. Señala Gardner que una de las justificaciones del Derecho penal se halla en que el Estado toma en sus manos la venganza que en otro caso correspondería a la víctima, pero, al tiempo, una de las razones de ser, uno de los principios constitutivos del Estado moderno es el principio de humanidad, que lo fuerza a tratar a todo ser humano como un ser consciente y sentiente que no puede ser tomado como un objeto y con el que no cabe, bajo ningún concepto, ensañarse, ni siquiera para hacerle pagar por sus delitos. Entre esos dos polos, la salida se halla en un tercer principio, el principio de justicia, que hace que el Estado, al sentenciar al delincuente, deba ser en cierta medida ciego (justicia ciega) frente a las pasiones y pulsiones de la víctima y del infractor y deba buscar, ante todo y sobre todo, la sentencia justa. Esto último se traduciría en que la actitud del juez penal no debe ser la de tomarse la justicia por su mano, la de hacer la justicia que le correspondería si fuera el representante de la víctima o del delincuente, sino la de buscar la sentencia justa (Cfr. *ibid.*, p. 220). Y añade: “In this respect the criminal court in a modern State is a classic bureaucratic institution. It has certain *function* which cannot figure in its *mission*, and which therefore cannot directly animate its actions” (*ibid.* p, 221).

mecánica social necesaria, en lugar de sujetos dueños de su propio destino, tanto individual como colectivo. Si la pena proporcionada para un delito viene establecida por la norma de una moral objetiva y necesaria, única verdadera y no dependiente de opiniones sociales ni coyunturas históricas, la ley mediante la que las mayorías democráticamente establecidas sancionen dicho delito deberá con necesidad recoger esa pena y no otra, si quiere cumplir con el principio de proporcionalidad, y, por tanto, la opción del legislador no sería más que la de acatar el orden moral objetivamente debido. Vemos, pues, que, sobre esa base, el principio de proporcionalidad no es más que el expediente a través del cual el Derecho penal se pone al servicio de una moral que se quiere objetiva, verdadera y no sometida a la opinión o la voluntad de los individuos que integran la sociedad estatal respectiva en un momento dado.

Pero resulta que uno de los principios constitutivos de nuestros Estados es el de pluralismo moral y político, y que dicho pluralismo político sólo adquiere sentido sobre la base de que quepa previamente ese pluralismo moral que viene garantizado por libertades como la de conciencia, en primer lugar, y las de religión, expresión, etc. Si la democracia sólo ha de servir para decidir lo moralmente secundario, resulta demasiado onerosa, un engorro *desproporcionado*. Si nada más que vale para rellenar los huecos o los márgenes de libre decisión que deja el sistema de la moral objetivamente verdadera, parece un rodeo excesivo, un juego demasiado exigente para un resultado tan exiguo.

En resumidas cuentas, pretender que el parámetro para sentar la proporcionalidad correlativa de delitos y penas es algún tipo de norma preconstituida a la decisión democrática en el seno del Estado de Derecho equivale a elevar a suprema pauta jurídico-penal la moral particular de una determinada parte de la sociedad que, además, no será normalmente la parte mayoritaria, y a permitir que los órganos judiciales que fiscalicen el respeto del mencionado principio de proporcionalidad en la legislación penal se sustraigan al principio constitucional de democracia y de soberanía popular en nombre de una moral particular que será presentada como moral necesariamente constitucional o parte ineludible de la Constitución material.

La alternativa consiste en entender que el patrón para el juicio de proporcionalidad lo brinda la moral social, una moral social de carácter histórico y relativa a los patrones culturales vigentes en cada grupo socio-estatal⁹. En este sentido, afirmar que una pena es desproporcionada frente al delito que castiga equivale a decir que, con arreglo a los patrones morales establecidos en esa sociedad, hay una desproporción entre las dos magnitudes. El mal que el delito supone y el que significa la pena se miden desde esa moral común y desde ahí se dispone el necesario equilibrio entre uno y otro. Decir

⁹ Se impone matizar de inmediato que esa moral de la sociedad ha de ser una moral social, es decir, referida a aquellos bienes que “puedan considerarse fundamentales para la vida social” (Mir Puig, Santiago, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al *ius puniendi*”, *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991, p. 206).

que una pena es desproporcionada es, de tal modo, tanto como afirmar que así se ve según la moral mayoritariamente establecida en la sociedad¹⁰. La única alternativa que cabe frente a esta perspectiva que pone énfasis en la moral social mayoritaria es la de un paternalismo estatal que establezca una cesura insalvable entre una casta iluminada que siente los patrones del bien y el mal social desde su moral personal y grupal, y la mayoría social, mero sujeto pasivo de esas prescripciones sobre el orden debido y los bienes preferentes.

Ahora bien, aquí podemos estar hablando de una moral meramente positiva, tomada en consideración con total prescindencia del modo como se haya implantado socialmente dicha moral y de las circunstancias bajo las que los individuos la profesan, o de una moral del tipo de la que suele llamarse moral crítica o ilustrada y cuyo sentido aquí aclararemos dentro de un momento. Una moral positiva es una moral meramente fáctica, si así se puede decir, es aquella de la que solamente importa su vigencia de hecho, el hecho de que es la que socialmente domina. Las razones de ese predominio no cuentan, y pueden tener que ver con desinformación, manipulaciones, supersticiones, etc. La única razón que se puede alegar para echar mano de esa moral meramente positiva como patrón normativo del juicio de proporcionalidad es la resultante de combinar el escepticismo frente a las pretensiones de una moral material objetiva preestablecida y la resignación frente a cualquier otra forma de vivencia moral de la sociedad distinta de ésta sometida a tales condicionamientos relativizadores en términos de su racionalidad.

En un auténtico Estado democrático de Derecho la política criminal sólo puede ser una política democrática, son los ciudadanos los que han de decidir qué conductas deben de contar como delictivas y ser, como tales, penadas, y en qué medida. Se trata de evitar, por un lado, un paternalismo estatal que, por medio de las políticas penales, trate de imbuir a los ciudadanos de la noción de la vida buena y virtuosa que profesen las élites políticas, religiosas, económicas o culturales. Pero, por otro lado, importa grandemente evitar los riesgos de un “populismo penal¹¹” que

¹⁰ Al fin y al cabo, el particular reproche que la pena contiene es, como dicen Kühl o Lampe, un reproche ético-social (Cfr. Kühl, Kristian, “Der Zusammenhang von Strafe und Strafrecht”, en Kühl, K., *Freiheitliche Rechtsphilosophie*, Baden-Baden: Nomos, 2008, p. 377; Lampe, Erns-Joachim, *Strafphilosophie. Studien zur Strafgerechtigkeit*, Köln: Heymanns, 1999, p. 284).

¹¹ Sobre la noción de “populismo penal” véase, por ejemplo, Lacey, Nicola, *The Prisoners’ Dilemma. Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 3ss. Oigamos a dicha autora sobre el tipo de tensiones a que nos estamos refiriendo: “Of course, the contested meaning of the term <<democracy>> makes it all too easy for debates about the purported democratic credentials (or lack thereof) of a criminal justice system to become empty polemics, with the adjective <<democratic>> signifying (as it has unfortunately come to do in some recent foreign policy rhetoric) an undifferentiated term of approval rather than a conception providing normative or institutional benchmarks against which social practices may be assessed. This perhaps helps to explain why it has been politicians and political scientists, pressure groups and criminologists, rather than normative theorists of criminal justice, who have tended to frame the debate about criminal justice in terms of <<democracy>>. With a few honourable exceptions, the burgeoning literature in normative criminal law and penal theory has been curiously impoverished in terms of explicit discussion of the relationship between criminal justice and democracy, rarely moving beyond relatively general discussion of the issues most strongly indicated by a wide range of versions of liberalism: the desirability of guaranteeing the rule of law and principle of legality, the presumption of innocence, the

acarree decisiones en materia punitiva al hilo de emociones momentáneas y manipulación de las pasiones sociales.

Nuestras Constituciones disponen las condiciones para que la moral positiva de una sociedad en un determinado momento pueda ser una moral crítica o ilustrada y para que sea una moral de ese carácter la que, como conjunto de convicciones básicas de la mayoría, informe en cada instante la legislación, incluida la legislación penal. La Constitución diseña un modelo de interacción social ideal en el que se hace posible que cada ciudadano se forme sus convicciones libremente, liberado de manipulaciones, coacciones y chantajes, informado y pudiendo presentar libremente sus ideas y debatir las ajenas. La Constitución no guarda en sí un sistema de moral material, salvo en lo que sean condiciones de posibilidad para que la moral social positiva pueda ser, en la mayor medida en cada época viable, una moral crítica o ilustrada, en el sentido que acabamos de expresar. Esto presupone que cada individuo ha de ser reconocido como titular de una conciencia libre y nunca mero instrumento de designios ajenos que se le impongan sin remisión o como si nada más que fuera un objeto o un humano rebajado de condición. Sentado ése que sería el axioma moral de partida, con sus secuelas necesarias (derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, libertades básicas para que cada uno pueda elaborar libremente sus preferencias en interacción con los demás), toda ulterior configuración del orden social y todo contenido de las normas jurídicas que son su respaldo último deberán ser el resultado de preferencias provenientes de esa moral que, por sus condiciones de configuración y desenvolvimiento, ha de poder ser una moral crítica o ilustrada.

Veamos esto aplicado al contenido de las normas penales. Lo que las hace legítimas y fundamenta una obligación política de obediencia y aplicación de las mismas no es la correspondencia de su contenido con *la* moral verdadera, con un orden ontológico-moral necesario y predeterminado, sino el que sean la expresión de una mayoría política que refleja la moral socialmente dominante que se ha formado en esas condiciones que procuran que cada uno piense libremente y prefiera lo que mejor le parezca, en lugar de seguir cada cual el paso que alguien, algún poder, le fija. Lo que hace legítimo el considerar digno o no de protección penal un determinado bien no es el objeto en sí, sino el juicio social mayoritario que considera ese objeto como un bien merecedor de dicha protección, pero a condición de que dicha opinión moral dominante se haya podido formar bajo las referidas circunstancias que aseguran, en la mayor medida en cada momento posible, que lo que cada cual piensa y prefiere es el resultado de su libre reflexión informada y en interacción y debate con las plurales opiniones circundantes. Obviamente, se trata de un modelo contrafáctico, nunca realizable en su plenitud absoluta, pero suficientemente claro en sus contornos

accountability of criminal justice officials and policy-makers, respect for individual rights and freedoms, the avoidance of inhumane punishment within a legal or, perhaps preferably, constitutional or even international framework” (Ibid., pp. 6-7).

fundamentales como para que podamos usarlo como parámetro de enjuiciamiento de la legitimidad mayor o menor de las opiniones sociales y de su reflejo correspondiente en las mayorías que hacen la ley.

Lo mismo cabe decir para el metro subyacente al juicio de proporcionalidad. Será esa moral social crítica la que lo aporte. Mas, y esto es lo esencial, en una democracia mínimamente leal a sus presupuestos constitucionales, a los presupuestos establecidos para su funcionamiento en Constituciones como la nuestra y las de nuestro entorno cultural y político, dicha moral social crítica será la que se habrá reflejado en la ley, de resultas de su traducción a Derecho por obra de la mayoría política. De ahí que la invalidación, por obra del órgano judicial competente para ello, de una norma penal por causa del no respeto al principio de proporcionalidad, sólo será legítima cuando se pueda fundamentar que dicha norma contradice patentemente los fundamentos morales del sistema constitucional mismo, o que ha sido elaborada de manera o bajo influjos que la hacen desentonar de los contenidos posibles de una moral crítica sentada con arreglo a los presupuestos del Estado constitucional y democrático de Derecho. Cualquier otro fundamento no será más que expresión de la preferencia que el juzgador establece a favor de su moral personal como metro de la proporcionalidad, en detrimento de la opinión de la mayoría constitucionalmente legítima, absolutizando una moral meramente individual que, en democracia y en Estado de Derecho, nunca y por definición podrá ser presentada como la moral absoluta y superior a la resultante del debate social.

Esa utilización de la moral social positiva pasada por el tamiz de su compatibilidad, al menos de mínimos, con la moral crítica que subyace a la Constitución como ideal y para la que, al tiempo, la Constitución pretende garantizar las condiciones de posibilidad, lleva aparejada una cierta relativización de dicho parámetro aplicable al juicio de proporcionalidad, y ello en varios sentidos. Por una parte, y como ya se ha querido indicar, es la base para podar, al menos en el plano de la crítica y la doctrina, los excesos a que puede llevar la toma en consideración de las pasiones ocasionales que pueden condicionar la opinión pública en lo referido a ciertos asuntos penales¹². Por otra, incardinar la apreciación del mal que el delito supone en esa moral que por definición ya no puede ser vista como una moral absoluta e indiscutible, sirve para resaltar que no hay comportamientos que sean ontológicamente o por necesidad “natural” delictivos, y que ha de ser el juicio social, formado discursivamente en el seno de un debate público lo más racional posible, el

¹² Además de que sobre esta base cabe criticar la actitud de los partidos que pretenden aprovecharse de esas “obnubilaciones” de la opinión pública, en cuanto opinión fuertemente manejada o manipulada, en lugar de buscar la legitimación de sus mayorías en una opinión formada sobre un debate de ideas lo más exento posible de condicionamientos irracionales por definición. Sobre los riesgos de manipulación de una opinión pública no suficientemente reflexiva en materia penal, vid. Guanarteme Sánchez Lázaro, Fernando, “Öffentliche Meinung und Strafrecht”, *Zeitschrift für Internationale Rechtsdogmatik*, 4/2008, pp. 195ss).

que decida en cada momento qué conductas deben tenerse por delictivas y cuál es su “precio” adecuado en términos de pena. Sólo esa visión dialéctica, discursiva, del delito y de su pena es propia del Estado de Derecho y compatible con él¹³.

Una consecuencia más se desprende de esta legitimación de la norma penal a través de las decisiones democráticas, en lugar de considerarla herramienta para la realización de la moral materialmente verdadera: el delincuente no expresa con su acción una maldad moral igualmente objetiva y ontológicamente perversa, sino que es y debe ser tratado como alguien que, en uso de su libertad, opta por desobedecer las normas que, según decisión de la mayoría, configuran los presupuestos básicos de la convivencia común en ese momento. Como dice Kindhäuser, “(U)na norma adoptada democráticamente no puede presentarse con la pretensión de exactitud demostrable. Por tanto, la culpa jurídica no implica el reproche de ceguera ético-racional o incluso de maldad” (Kindhäuser, 1996, 51-52).

3. El Derecho penal moderno como asunción de riesgos en aras de la libertad.

Sumado todo esto al valor constitutivo que el individuo y sus libertades poseen como presupuesto insoslayable del Estado de Derecho constitucional y democrático, resulta otro dato propio del lugar del delito y del castigo penal en dicho Estado: *la asunción del riesgo*. La decisión de vivir bajo dicha forma de organización político-social acarrea la opción por el riesgo, riesgo que es el precio que se paga por la libertad¹⁴ y por no hacer dejación de ésta en manos de un Estado todopoderoso y con plena capacidad de opresión en nombre de la defensa del valor colectivo de la seguridad¹⁵.

¹³ “Precisamente porque faltan valores absolutos que tutelar, el derecho penal se configura como un instrumento *dúctil* y la opción por la criminalización es el resultado de una ponderación y de un diálogo entre intereses contrapuestos. Por contra, la eliminación de los principios garantistas (derecho penal del enemigo) tiende a realizarse cuando se está en presencia de ordenamientos absolutos, es decir, en presencia de aquellos ordenamientos en los que el pacto social se hace particularmente fuerte respecto de algunos valores considerados de antemano absolutos y compartidos por la totalidad de los asociados: cuanto más fuerte es el pacto en torno a determinados intereses y valores, en mayor medida al sujeto que enfrenta con tales valores e intereses viene excluido del contexto social y respecto de él se derogan toda una serie de garantías que disfruta el que propiamente es un ciudadano <<fiel>> a los valores absolutos compartidos. En los regímenes totalitarios se llega hasta la plena y consciente violación de los derechos humanos, entendiéndose por regímenes totalitarios aquellos ordenamientos en los que el poder punitivo se convierte en instrumento para el mero mantenimiento del poder público adquirido o conquistado” (Bartoli, Roberto, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, ius in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino: Giappichelli, 2008, p. 60).

¹⁴ Como dice Evaristo Prieto, “(e)l riesgo es el producto cierto, aunque equívoco, de la libertad y el saber modernos” (Prieto Navarro, Evaristo, “Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo”, en Agra, C., Domínguez, J.L., García Amado, J.A., Hebberecht, P., Recasens, A. (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier 2003, p. 28). Y en palabras de Frisch “Quien quiere libertad debe estar dispuesto a pagar también el precio que va a ella unido de un Derecho penal sólo limitadamente eficiente” (citado por Robles Planas, Ricardo, “<<Sexual Predators>>. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret*, octubre 2007, p. 18 (www.indret.com)).

¹⁵ O de cualquier otro valor que se pretenda dotado de unos contenidos supraordenados al valor del individuo, como la verdad, la justicia, la santidad, etc.

En el moderno Estado de Derecho de impronta liberal, el riesgo no es la excepción, sino la regla, pues es el precio que en vida y libertad se paga por una existencia libre. Por eso el aumento de los riesgos, como tales, no puede justificar un estado de excepción penal, ya que éste equivale a matar el perro para acabar con la rabia: eliminada la libertad, ¿qué sentido tiene afirmar que se han extirpados los peligros para la misma? El estado de excepción es un estado en el que se pone entre paréntesis la legalidad¹⁶ para proteger bienes prejurídicos, y el precio es la desprotección de los bienes jurídicos. En el terreno que el Derecho abandona no quedará más imperio que el del poder desnudo, el del Estado sin ataduras, que es un no-Estado. Con ello, el riesgo que en el Estado legal propiamente se asume deja paso a la certeza de la inseguridad. El Estado elimina al delincuente para ocupar su lugar, pero con una diferencia: el delincuente lo es por relación a la ley, y con su conducta libre “dialoga” mostrando que cabe elegir alternativas a la ley sin salir de la sociedad. En cambio, un Estado sin límite significa para el ciudadano la supresión de toda alternativa, el poder desnudo que se impone sobre sus súbditos con el mismo criterio con el que se maneja a los animales; es un peligro sin referencias, el riesgo absoluto, la certeza de una impunidad irrestricta. El aumento de los riesgos que se deriva de los caracteres de la actual sociedad global y de los nuevos fenómenos delictivos a ella asociados no puede traducirse en certeza de la inseguridad, sino en aumento de la confianza en los mecanismos legales de protección de una seguridad que es por definición arriesgada porque no supone renuncia a las libertades y las garantías de los ciudadanos¹⁷.

¹⁶ “Se trata de inversiones de lo jurídico que no pueden ser entendidas en el plano del Derecho. El estado de excepción se muestra como forma legal de aquello que no admite forma legal”, como señala Wolfgang Hetzer siguiendo a Agamben (Hetzer, Wolfgang, *Rechtsstaat oder Ausnahmezustand? Souveränität und Terror*, Berlín: Duncker & Humblot, 2008, p. 218).

¹⁷ Sobre la tendencia expansiva del Derecho penal en el marco de la globalización y sobre el consiguiente desgaste que están experimentando los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, cfr. Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, Madrid, 2ª edición 2001, pp. 99ss.

De las consecuencias del intento de utilizar el Derecho penal como antídoto contra los nuevos y viejos riesgos que para la seguridad acarrea la convivencia en libertad da cuenta con claridad Blanca Mendoza: “De esta manera, el derecho penal se vería forzado en un proceso de expansión continuo, en el que se le somete a desempeñar un papel que no le pertenece ni en exclusiva ni tampoco de modo prioritario y que podría abocar a un modelo preventivo exasperado dirigido a la seguridad de los bienes jurídicos; todo ello podría acabar conduciendo a un Estado excesivamente intervencionista y, en un cierto modo, a un Estado de seguridad, en el que resulta prioritaria ésta frente a la consolidación de las garantías y los derechos individuales” (Mendoza Buergo, Blanca, “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”, en Agra, C., Domínguez, J.L., García Amado, J.A., Hebberecht, P., Recasens, A. (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier, pp. 2003, p. 82-83).

También Hassemer, entre tantos, advierte de que la persecución de la seguridad *para la sociedad*, para el conjunto social, al precio de eliminar garantías individuales (frente al debido proceso, la tortura, la intimidación, etc., etc.) hace la seguridad individual, la de todos y cada uno, totalmente vulnerable frente al Estado. (Cfr. Hassemer, Winfried, “Sicherheit durch Strafrecht”, en HRRS, April 2006 (4/2006), pp. 141-142). En palabras del mismo autor, “ante todo, se debe tener en cuenta que no es posible tener un derecho penal fuerte con costos nulos. Se paga caro, con principios que fueron logrados políticamente, y que siempre son atacables por la política. No existe una prescindencia parcial del principio de culpabilidad o de la protección de la dignidad del hombre; si estos principios ya no son de ponderación firme también en los <<tiempos de necesidad>>, pierden su valor para nuestra cultura jurídica. Pues a partir de ese momento el criterio para la continuación de la vigencia de esos principios ya no es su valor y su peso específico, sino la percepción como problema de la <<necesidad>> o la <<grave amenaza>> (Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 61).

Ese riesgo adquiere en nuestro tema cuatro dimensiones.

La primera se refiere al *antes*, al momento previo a la tipificación delictiva, y alude al riesgo de que en un momento dado no se hallen diseñados como comportamientos punibles todos los que algunos, o incluso muchos, estimen que son merecedores de castigo o que ponen en peligro los fundamentos de la convivencia. El principio de legalidad penal tiene ese inconveniente en términos de seguridad. La alternativa sería un sistema en el que se facultara al Estado para sancionar, sin ataduras previas, todo lo que en cada momento el propio Estado o la opinión pública coyuntural consideren negativo para la colectividad. El empleo de tipos penales totalmente abiertos tiene el mismo alcance negativo: suprime ese riesgo poniendo entre paréntesis la libertad de los sujetos, favorece la seguridad colectiva a base de dañar la seguridad individual, la posibilidad de que los sujetos calculen y decidan sus acciones con conocimiento de sus consecuencias.

La segunda alude al *durante* y tiene que ver con el proceso penal. Las garantías procesales, comenzando por la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* y siguiendo con las demás que definen el debido proceso en el Estado de Derecho, sirven para aminorar la posibilidad de que sean condenados inocentes, pero llevan ínsito el riesgo de que resulten absueltos culpables, culpables que puedan seguir constituyendo un peligro para la ciudadanía. Suprimir las garantías procesales en nombre de la seguridad es tanto como asumir que se pueda sacrificar a individuos concretos en aras de la seguridad colectiva, lo cual choca frontalmente con ese valor consustancial del individuo en el Estado de Derecho y con la prohibición de que los bienes básicos de ninguno, comenzando por la vida y la libertad, sean mero instrumento para el aumento del bienestar colectivo, entendido en términos de mayor seguridad general.

La tercera dimensión del riesgo, inevitable mientras nos queramos mantener dentro de las estructuras definitorias del Estado de Derecho, se refiere al *después de la condena*, al momento del cumplimiento de la pena, y consiste en la posibilidad de que la pena legal no cumpla la función que constitucionalmente la justifica, la resocialización del delincuente, o las funciones que la doctrina asigna al castigo penal: disuasión del delincuente o general, adhesión del delincuente o adhesión general a las bases normativas del orden social. Para soslayar ese riesgo habría que inclinarse por medidas punitivas adaptadas a cada delincuente o requeridas por el interés social en cada ocasión, como puedan ser regímenes penitenciarios especialmente oprobiosos o crueles, escarmientos muy duros, manipulaciones terapéuticas del delincuente, empleo de la pena con fines de aterrorización ciudadana, etc. La incompatibilidad de dichas medidas con los presupuestos morales y políticos del Estado de Derecho resulta más que evidente.

La dimensión cuarta de tal riesgo tiene que ver con el momento *posterior al cumplimiento de la pena*. El riesgo de atenerse a los límites que marca el Estado de Derecho por razón de esos

presupuestos en los que venimos insistiendo es el de que quien satisfizo la pena que se le impuso retorne a su plena libertad con la misma o mayor disposición para delinquir, sea esa disposición fruto de sus convicciones o de sus pulsiones. Si desprendemos el castigo penal de la finalidad de dar al delincuente una nueva oportunidad para el recto uso de su libertad, para un uso de su libertad acorde a las normas establecidas entre todos democráticamente, el Derecho penal pasa a ser otra cosa y a operar sobre presupuestos difícilmente compatibles con los del Estado de Derecho y su igual consideración de sus ciudadanos. Existen recursos admisibles dentro de este esquema para hacer pagar por la contumacia del delincuente, como el agravamiento de las penas para el reincidente. Mas esto tiene el riesgo de presuponer la posibilidad de la reincidencia. Si no queremos que tal cosa ocurra, al menos en aquellos delincuentes que por razones ideológicas o psicológicas son más reacios a “aprender la lección” del mal uso de la libertad, hemos de asumir que a algunos hay que eliminarles de raíz la libertad, suprimiéndola para siempre, sacrificándola en pro de una mayor seguridad para todos¹⁸ (los demás). Pero de esta manera alguien vuelve a ser utilizado como simple instrumento, como objeto sobre el que se construye la seguridad colectiva. A lo que se agrega una circunstancia adicional y determinante: al adelantarnos al nuevo delito, imposibilitando su comisión por el que ya cumplió la pena por el anterior, estamos dando por bueno otro riesgo para la libertad individual que es incompatible con la filosofía que cimenta el Estado de Derecho: ante el riesgo, ante el peligro, ante la mera posibilidad de que alguien vuelva a delinquir, anulamos de raíz su libertad, aun cuando de esa forma pague por anticipado más de uno que en puridad no tendría que pagar, pues, pese a las apariencias, los cálculos y los dictámenes de expertos¹⁹, tal vez no iba a reincidir. Si una de las razones (no la única ni la más importante) que, por ejemplo, se alegan para la prohibición absoluta de la tortura es la del alto riesgo de torturar por error al que no lo “merece”, ¿no estaríamos

¹⁸ En la doctrina española se va abriendo paso la simpatía hacia medidas de “inocuidación” de ciertos delincuentes particularmente peligrosos a los que la pena difícilmente disuade. Así, Feijoo Sánchez: “Con respecto a la vieja cuestión de qué hacer con los sujetos culpables que mantienen su peligrosidad criminal después de cumplir su condena, es evidente que se puede asumir que no hacer nada frente a dicho problema por temor a lo que hipotéticamente podría pasar si existieran sanciones de esas características lo cual es un argumento legítimo), pero los principios del Estado democrático de Derecho no obligan a esa conclusión” (Feijoo Sánchez, Bernardo, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, en Cancio Meliá, Manuel, Gómez-Jara Díez, Carlos, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid: Edisofer, 2006, p. 826). En opinión de este autor, ni existirían reparos constitucionales ni se caería en el “derecho penal del enemigo” si tales medidas se tomaran contra individuos concretos cuya peligrosidad es específicamente analizada como fundamento de las medidas, en lugar de hacerlo contra grupos genéricos o tipos genéricos de delincuentes: “si se quiere introducir la idea de inocuidación ello no se puede hacer a través de una pena para determinados grupos de delincuentes (¿enemigos?) a tratar homogéneamente, sino en todo caso a través de medidas posdelictivas específicas que combatan la peligrosidad particular de cada delincuente” (ibid., p. 829).

¹⁹ “En cierta medida puede afirmarse que la rudimentaria noción de la peligrosidad criminal (y de los seguros criterios para su determinación individual) se ha quedado anticuada para fundamentar la reacción penal. Más bien la tendencia parece ser la de que sólo la *garantía de no peligrosidad* impide la intervención coactiva. La suficiente seguridad sólo queda garantizada si la puesta en libertad del autor sólo acontece cuando no exista ningún riesgo (más) de reincidencia. Por ello, no debe extrañar que lo que antes se entendían como manifestaciones de los límites del *ius puniendi* empiecen a concebirse como <<lagunas de seguridad>> de la legislación penal” (Robles Planas, Ricardo, “<<Sexual Predators>>. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret*, octubre 2007 (www.indret.com), p. 15).

aquí admitiendo la posibilidad de privar por error de su libertad y de excluir de la vida social al que tampoco lo “merece” con seguridad?

Esta última cuestión nos lleva, además, a un caso prototípico de “pendiente resbaladiza”: ¿acaso las mismas razones que justifican la “inocuidad” del que una vez delinquiró y probablemente *puede* volver a hacerlo, no sirven exactamente igual para “sacar de la circulación” al que con gran probabilidad va a delinquir por primera vez, aunque todavía no lo haya hecho? Es la forma de pasar a un Derecho penal de autor que en lugar de acciones culpables castigue a los tenidos por culpables aunque no actúen, a “los malos” por ser como son. Y eso sí que, sin duda, introduce una división entre los ciudadanos que es radicalmente incompatible con los postulados más elementales del Estado de Derecho.

Retornemos ahora a la idea de proporcionalidad. Se ha dicho más de una vez que resulta poco verosímil defender este principio desgajándolo por completo de la idea retributiva de la pena, que es la idea de pena como merecimiento justo del delincuente por su acción. Pero también es general hoy el acuerdo en que la pena como mera retribución, como mal que al delincuente se inflige como pago por el mal por él cometido, tiene difícil encaje en el Estado de Derecho y es difícilmente justificable en clave de constitucionalidad. Mas en cuanto se dota a la pena de fundamento preventivo en cualquiera de sus cuatro versiones, de justificación utilitarista, nos damos de frente con el alto riesgo de tomar por buenas penas que se justificarían por sus consecuencias funcionales positivas, aun cuando fueran desproporcionadas. Cuando los partidarios de las doctrinas preventivas, que son hoy la inmensa mayoría de los penalistas, se topan con esta objeción, siempre apelan a la idea de la proporcionalidad como límite infranqueable, como frontera que la justicia no permite rebasar. Con ello, a la fundamentación utilitarista se le pone una traba de corte deontológico y se da por sentado que pena y delito guardan una relación intrínseca que no se puede ignorar si no es al precio de abrir las compuertas al abuso y a la posibilidad de convertir a los sujetos en simples herramientas de gestión de la sociedad, en útiles de ingeniería social. Y ése es precisamente el punto de partida de las teorías retributivas, la afirmación de un nexo esencial de paridad de valor entre delito y pena justa²⁰.

4. Retribucionismo y utilitarismo en su justa medida.

Da la impresión de que al hablar de teorías retribucionistas y de teorías preventivas o utilitaristas hay un cambio de perspectiva que no conviene dejar de tomar en consideración. Cuando

²⁰ Dice Rafael Alcácer Guirao: “la idea de la retribución, siendo ilegítima como *fin* de la pena, por desatender radicalmente el principio de utilidad o necesidad de la pena, acoge en su seno esa exigencia gerantística de aplicación de la pena en virtud de los principios de culpabilidad y proporcionalidad y el consiguiente rechazo de toda instrumentalización del ciudadano” (Alcácer Guirao, Rafael, “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, *Doxa*, 25, p. 145). Sobre el límite que a los excesos del puro preventivismo pone el principio de proporcionalidad, ínsito en la idea retribucionista, vid., especialmente, Hassemer, Winfried, “Strafrecht, Prävention, Vergeltung”, *ZIS*, 7, 2006, pp. 266ss.

hablamos en clave retribucionista adoptamos la perspectiva de la sociedad, pues es la sociedad misma la que se supone que desea la venganza, la que quiere ver recompuestos sus valores haciendo que el delincuente pague exactamente por lo que vale el mal que causó. En cambio, el punto de vista preventivo no es el de la sociedad misma, sino el de sus gestores. Mientras que la dinámica social por sí nos conduciría a la pena como retaliación, como venganza, y la sociedad como tal no se para en cálculos de conveniencia colectiva, sino que da rienda suelta a sus sentimientos y valores, el enfoque preventivo parte de ver a la sociedad y los individuos como campo en el que se estudian y ensayan causas y efectos, buscando la mejor configuración del conjunto, lo cual se hace necesariamente saliéndose en cierta medida del “punto de vista interno” y trabajando desde una idea de la sociedad como la sociedad (o el individuo) mejor o la sociedad (o el individuo) que se ha de alcanzar. Con todo ello, tenemos que, así como el retribucionismo parece inevitablemente unido a lo que podríamos llamar formas elementales de emotivismo social y a fenómenos de psicología colectiva, el utilitarismo penal adquiere tintes de paternalismo.

¿Hay alguna salida posible para ese desacompasamiento, para esa dificultad de satisfacer al tiempo las ansias justicieras de la sociedad que quiere que el mal se pague con un mal equivalente, y las ansias de perfeccionismo social de quienes frente a tales ansias anteponen el modelo de una sociedad ideal o se proponen construir mediante la gestión de delitos y penas una sociedad mejor? En mi opinión, el modelo que estamos proponiendo puede conseguir una cierta síntesis. Por un lado, se parte de reconocer que es la propia sociedad la que ha de disponer qué conductas merecen tipificación como delitos y cuál ha de ser su precio en pena, con arreglo a su moral positiva, filtrada en sus excesos pasionales por la moral crítica que la Constitución presupone y posibilita, al tiempo, en los sujetos. El principio de proporcionalidad queda así anclado en el sentir social, lo más racional posible y pasado por el tamiz del debate público y del principio mayoritario desde el que se traduce en ley penal. De tal manera, pena proporcionada no será la que como tal se afirme desde ningún género de elitismo ético o epistemológico de alguna minoría o alguna casta, sea una minoría o casta académica, política o judicial.

Con lo anterior no se excluye, sino que se presupone, la compatibilidad de esa base retributiva, fuente de la idea de proporcionalidad, y de una idea democrática o democratizada de la misma, con planteamientos de gestión y mejora de la sociedad y la convivencia. Pues tales elementos pueden y deben introducirse en el debate público y en la deliberación política democrática para que la propia sociedad tome conciencia de sus conveniencias, de sus conveniencias que van más allá del mero dar gusto a los afanes justicieros, aun los legítimos. Una sociedad consciente de su propio interés, una opinión pública libre e ilustrada, tomarán conciencia de que a veces lo mejor es enemigo de lo bueno y de que es el propio interés de sus miembros el que debe hacerla abstenerse de

una aplicación ciega y dogmática del viejo principio *fiat iustitia, pereat mundus*. Una sociedad madura no sólo valora el bien o el mal de una acción a tenor de los parámetros morales en ella establecidos, sino que desde esos mismos parámetros puede evaluar consecuencias. Esa misma sociedad que no desea que el delito tenga precio menor ni mayor que el proporcionado al daño causado -a tenor de esos valores establecidos- tampoco deseará que sea esa pena la causa de mayores males sociales ni que se ponga en riesgo la libertad y la integridad de los ciudadanos nada más que por el afán de dar a cada uno lo que le corresponde sin atender a los efectos futuros o a las consecuencias para el modo de convivir en libertad.

Más aún, si mediante el castigo penal se pretende, como pretenden las doctrinas preventivo-generales, la estabilización del orden social, ya sea disuadiendo de vulnerar las normas, ya fomentando la adhesión a las mismas, dicho fin sólo será alcanzable cuando las penas se midan desde el sistema de valores socialmente asentado en este contexto en que es posible y presupuesta una moral que, amén de positiva, está pasada por el filtro de la moral crítica. Siempre que se quiera gestionar la sociedad mediante normas jurídicas y con respeto a los individuos y su libertad, siempre que se quiera provocar reacciones sociales positivas basadas en la reflexión libre de los ciudadanos, en su libre apreciación de las normas jurídicas y de las sanciones que padece el que las incumple, se habrá de partir de que el contenido de tales normas no puede desentonar grandemente de los valores de la moral social. Más en concreto, y aplicado a nuestro tema de la proporcionalidad: sólo la pena proporcionada a tenor de esos valores sociales puede provocar ese tipo de reflexión que lleve a los ciudadanos a ver en la pena razón para abstenerse del delito o fundamento para adherirse a la norma que dispone el delito y sienta la correspondiente pena. Gestionar la sociedad, dirigirla calculando causas y efectos sin basarse en ese “sano” (por propio de una moral crítica) “sentir popular” (por propio de una moral positiva) sólo es pensable desde planteamientos fuertemente autoritarios y que presupongan para las élites dirigentes una legitimación especial y desconectada de los ciudadanos, ya se base en su condición de casta especial, en su cualidad de sacerdotes al servicio de verdades trascendentes o en su organización como grupo que busca su interés particular poniendo a la ciudadanía a su servicio. Y para que sea eficaz ese torcido designio, tiene que suprimir precisamente aquello que es consustancial al Estado de Derecho: la libertad, la dignidad, el supremo valor, y valor igual, de cada individuo. Habrá pues, en nombre del “bien social”, que prescindir de lo que la sociedad piensa y quiere y, para alcanzar los fines propuestos, se deberá aterrorizar a la sociedad, o manipularla para que piense lo que se quiere que piense y sienta como se quiere que sienta. Habrá, pues, tiranía y no Estado de Derecho constitucional y democrático.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, Peter-Alexis, “Das nach-präventive Strafrecht: Abschied vom Recht“, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (ed), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Frankfurt, etc: Peter Lang, 2007, pp. 3 ss.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, *Doxa*, 25, 2002, pp. 139-175.
- BARTOLI, Roberto, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, ius in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli: Torino, 2008.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, ““Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, *Jueces para la Democracia*, nº 44, 2002, pp. 19-26.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, en CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid: Edisofer, 2006, pp. 799-844.
- GARDNER, John, “Crime: In Proportion and in Perspective”, en GARDNER, John, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 213-238.
- GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, “Öffentliche Meinung und Strafrecht”, *Zeitschrift für Internationale Rechtsdogmatik*, 4, 2008, pp. 195-205 (www.zis-online.com).
- HASSEMER, Winfried, “Alternativen zum Schuldprinzips?”, en Baumgartner, Hans Michael, Esser, Albin (eds.), *Schuld und Verantwortung: Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1983 (citamos por la traducción de F. Muñoz Conde contenida en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2003/hassemer03.htm>).
- HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- HASSEMER, Winfried, “Sicherheit durch Strafrecht”, en HRRS, April 2006 (4/2006), p. 141-142 (<http://www.hrr-straftrecht.de/hrr/archiv/06-04/index.php?seite=6>).
- HASSEMER, Winfried, “Strafrecht, Prävention, Vergeltung”, *ZIS*, 7, 2006, pp. 266-273.
- HETZER, Wolfgang (2008), *Rechtsstaat oder Ausnahmezustand? Souveränität und Terror*, Berlin: Duncker & Humblot, 2008.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, México: UNAM, 1982 (traducción por R. Vernengo de la segunda edición alemana, de 1960).
- KÜHL, Kristian, “Der Zusammenhang von Strafe und Strafrecht”, en Kühl, Kristian, *Freiheitliche Rechtsphilosophie*, Baden-Baden: Nomos, 2008, pp. 375-396.

- KINDHÄUSER, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- LACEY, Nicola, *The Prisoners' Dilemma. Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- LAMPE, Ernst-Joachim, *Strafphilosophie. Studien zur Strafgerechtigkeit*, Köln, Heymanns, 1999.
- MACCORMICK, Neil, GARLAND, David, "Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish", en A. ASHWORTH, M. WASIK, *Fundamentals of Sentencing Theory. Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Oxford University Press (USA), 1998, pp. 11-29.
- MENDOZA BUERGO, Blanca, "Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo", en Agra, C., Domínguez, J.L., García Amado, J.A., Hebberecht, P., Recasens, A. (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier, 2003, pp. 67-89.
- MIR PUIG, Santiago, "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al *ius puniendi*", *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991, pp. 205ss.
- PRIETO NAVARRO, Evaristo, "Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo", en AGRA, C., Domínguez, J.L., García Amado, J.A., Hebberecht, P., Recasens, A. (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier, 2003, pp. 26-46.
- ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, trad. de F. Muñoz Conde.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, "<<Sexual Predators>>. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad", *InDret*, octubre 2007 (www.indret.com).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, Madrid, 2001, 2ª edición.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "El Derecho penal liberal y sus enemigos", en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En torno a la cuestión penal*, Buenos Aires: B. de F., 2005, pp. 153-177.