Revista Penal México 13
Doctrina
Núm. 13, septiembre de 2017-febrero de 2018

Teoría política libertaria y política criminal

José Manuel Paredes Castañón *Universidad de Oviedo*

Resumen: *¿En qué casos podría llegar a considerarse justificada desde la perspectiva de una teoría política libertaria la práctica estatal de prohibir acciones y sancionar a sus autores (por infractores)? Esta es la pregunta con la que se inicia el presente trabajo y también la cuestión que guía el contenido del mismo. La teoría política libertaria no sostiene un modelo de sociedad justa sino únicamente una teoría normativa acerca de las condiciones en las que surge, de forma moralmente justificada, la autoridad política, por lo que en este trabajo se pretende poner de manifiesto su trascendencia como teoría política en sede criminal.*

Palabras clave: *Teoría política libertaria, Derecho penal, política criminal, moralidad, justicia.*

Abstract: *In what cases could the state practice of prohibiting actions and punishing the perpetrators (as offenders) be considered justified from the perspective of a libertarian political theory? This is the question with which the present work begins and also the question that guides the content of it. The libertarian political theory does not support a fair society model but only a normative theory about the conditions in which political authority arises, in a morally justified way, so that in this work, it is intended to show its transcendence as political theory in a criminal subject.*

Key words: *Libertarian political theory, criminal law, criminal policy, morality, justice.*

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Política libertaria.* ***3.*** *Teoría política anarquista y el concepto de sanción.* ***4.*** *El Estado mínimo.* ***5.*** *Bienes jurídicos y justificación de sanciones.* ***6.*** *Conclusiones.*

Rec: 02-10-2017 | **Fav:** 15-11-2017

En lo que sigue, exploraré la siguiente cuestión: ¿en qué casos podría llegar a considerarse justificada[1] desde la perspectiva de una teoría política libertaria la práctica estatal de prohibir acciones y sancionar a sus autores (por infractores)?

1. Introducción

La práctica de sancionar se basa en un juicio que una institución realiza acerca de la valoración que le merece la acción de un determinado sujeto moral. El juicio es realizado por parte de la institución sobre la base de tres normas: la norma que le confiere a la institución la competencia para juzgar, a tenor de la cual se pretende que la institución tendría (no solo el poder, sino también) la autoridad para juzgar; la norma que sirve como criterio para el enjuiciamiento (la norma de conducta), la que declara que el sujeto enjuiciado tenía el deber de hacer/ no hacer una determinada clase de acciones; y la norma que establece la sanción que corresponde con una infracción dada. Se pretende, pues, que la norma de conducta, que opera como baremo de juicio, cumpla una función de motivación: cree una razón para actuar relevante para la toma de decisiones por parte del sujeto moral destinatario. Pero no cualquier clase de razón para actuar, sino una que se pretende que posee la peculiar característica de poseer "autoridad". Autoridad que se traduciría en dos consecuencias: se trataría de una razón para actuar que habría de operar independientemente de su contenido, simplemente en razón de su origen (en la norma jurídica de conducta); y, además, se trataría de una razón perentoria, que obligaría a "renunciar al propio juicio" acerca de la racionalidad práctica y a reconocer la prevalencia del juicio de razón práctica plasmado en la norma de conducta sobre el propio.[2]

El acto del juicio de responsabilidad es, pues, un acto comunicativo por parte de la institución, dirigido al sujeto enjuiciado, pero también al conjunto de los destinatarios de la norma transgredida. Dicho acto de habla tiene por contenido una valoración negativa de la acción realizada y el reproche moral consiguiente al sujeto, por ser considerado moralmente responsable de dicha acción y de la infracción que conlleva. Y, por lo tanto, como alguien que cuestiona la pretensión de corrección moral que los creadores de la norma jurídica de conducta sostienen que la misma conlleva.[3] Así pues, la especificidad de la práctica de sancionar (que la distancia de otras formas de coerción –un atraco– pero también de otras modalidades de actos del poder político –una actuación policial por vía de hecho, un acto de guerra) estriba en la pretensión de que la sanción lleva aparejado un juicio moral sobre la acción del sujeto moral enjuiciado, dotado de autoridad suficiente como para resultar intersubjetivamente aceptable. Sin pretensión de corrección moral no existen, pues, ni infracción ni sanción propiamente dichas.

2. Política libertaria

La pregunta que la teoría política libertaria viene a suscitar es, precisamente, la de si dicha pretensión de corrección moral puede estar verdaderamente justificada: si los deberes impuestos por las normas prohibitivas pueden llegar a gozar efectivamente de autoridad propia que sea, al tiempo, independiente de su contenido (es decir, no por la calidad moral de aquellas acciones que prescriben, sino por el origen jurídico de la prescripción) y moralmente vinculante para todos los destinatarios de la norma.

Desde luego, el debate únicamente surge cuando se parte –como aquí se hace– de dos presupuestos: de una parte, del valor de la autonomía moral de cada sujeto; y, de otra, de la tesis (metaética) de que no existe manera alguna de construir una teoría moral sustantiva que resulte, *per se* (es decir, por su contenido o por su origen), vinculante para cualquier sujeto moral, con independencia de las creencias que este albergue y de su propio modelo de vida

[1] Políticamente justificada: de manera que dicha práctica dé lugar a decisiones políticamente legítimas, capaces de suscitar una obediencia racional.

[2] *Cfr*. Raz, *La autoridad del Derecho*, trad. Tamayo y Salmorán, 2ª ed., UNAM, 1985, pp. 45 ss.; Raz, *Razón práctica y normas*, trad. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 83-87, 176-177, 198 y ss.

[3] Parto de la base de que, esté o no verdaderamente justificada desde un punto de vista moral tal pretensión, lo que parece indudable es que uno de los rasgos que caracterizan al Derecho es su pretensión de ser reconocido como guía autorizada de conductas y como moralmente correcto. Que ello es lo que diferencia, en el plano comunicativo, a una norma que se pretenda jurídica de cualquier otro acto de puro poder (Raz, *Autoridad*, 1982, pp. 45 y ss.; Raz, *La ética en el ámbito público*, trad. Melón, Gedisa, 2001, pp. 232-236).

buena. El primero de tales presupuestos es hoy generalmente aceptado. Por lo que hace al segundo, es cierto que resulta mucho más polémico. No obstante, pienso (aunque no intentaré argumentarlo aquí)[4] que hay buenas razones para aceptarlo también: para negar que exista algún "punto de vista objetivo" (arquimedeo) desde el que formular normas morales vinculantes para cualquier ser racional, o bien algún procedimiento que conduzca al mismo resultado. Que, en definitiva, una "concepción política" de la justicia (esto es, aquella teoría moral en la que el Estado puede sustentar la pretensión de corrección de las normas jurídicas que dicta) ha de basarse necesariamente en el "consenso por superposición" entre las diferentes "concepciones comprehensivas" de la justicia que mantienen los diferentes individuos y grupos sociales que forman parte del sujeto soberano (en democracia, del pueblo),[5] y no en alguna particularmente privilegiada, por razón de su contenido o de su origen.

Si todo esto es así, entonces parece impecable el razonamiento de Robert Paul Wolff: si rechazamos la posibilidad de una ética normativa que resulte siempre colectivamente vinculante por su contenido u origen,[6] y aceptamos, en cambio, el valor moral absoluto (frente al Estado, cuando menos)[7] de la autonomía moral del sujeto, entonces prácticamente no puede haber supuestos en los que se reconozca al Derecho autoridad moral propia, ya que dicha autoridad ha de ir (prácticamente siempre)[8] en detrimento de la autonomía del sujeto. Porque un sujeto moral que adopta como razón para la acción una que le proporciona la norma jurídica de conducta única o principalmente (no porque considere que su contenido es moralmente valioso, sino, con independencia de ello) porque le ha sido proporcionada por un tercero, está renunciando a parte de su autonomía moral, en beneficio de ese tercero.[9]

De este modo, el hecho de que la decisión haya sido adoptada con el apoyo de la mayoría de los miembros del grupo (excepto si es por unanimidad) no le otorgaría autoridad alguna. Pues, si se toma en serio la autonomía moral de los sujetos, una decisión mayoritaria solo goza de autoridad si estos, previamente, han consentido expresamente (recuérdese: mediante decisión unánime o mediante pacto expreso de sumisión) en someterse a la misma. Mas no en otro caso.[10] En el mismo sentido, desde luego, tampoco la

---

[4] Lo he hecho ya en Paredes Castañón, *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 141-148.

[5] Rawls, *El liberalismo político*, trad. Domènech, Crítica, 1996 (reimpr. 2003), pp. 41-45, 165 ss.

[6] Wolff, *The Autonomy of Reason*, Harper & Row, 1973, pp. 223-226.

[7] Es decir, si negamos que el Estado pueda aducir razones morales independientes para limitar la autonomía moral de los individuos para perseguir su propio modelo de vida buena. O, en otras palabras, si asumimos que la única razón de ser que podría justificar la coerción estatal es de índole instrumental: como herramienta para maximizar la igual autonomía moral de los individuos pertenecientes al sujeto soberano: Paredes Castañón, *Justificación*, 2013, pp. 153 y ss.

[8] En concreto, hay tres supuestos en los que la autonomía moral resultaría compatible con reconocer la autoridad moral de un tercero (aquí, el Derecho) para sustituir el propio juicio y proporcionar razones para la acción perentorias y con una fuerza independiente de su contenido. El primero de tales supuestos sería el caso del sometimiento a normas jurídicas adoptadas mediante un procedimiento de democracia directa por unanimidad. En tal caso, obviamente, el sujeto que se compromete a obedecer tal norma se está comprometiendo a obedecer algo que él mismo ha aprobado (Wolff, *In Defense of Anarchism*, Harper & Row, 1970, pp. 22-27). El segundo supuesto es el del pacto expreso de sumisión: la decisión libre y voluntaria de someterse a las decisiones de otro resulta (cuando menos, mientras no sea un pacto irrevocable) una manifestación de la autonomía del sujeto (Steiner, *An Essay on Rights*, Blackwell, 1994, pp. 232 y 233; Vallentyne, *Left-Libertarianism: A Primer*, en Vallentyne/ Steiner (ed.), *Left Libertarianism and Its Critics: The Contemporary Debate*, Palgrave MacMillan, 2000, p. 3; Otsuka, *Libertarianism without Inequality*, Oxford University Press, 2003, p. 124). Por fin, el tercer y último supuesto es el caso en el que un sujeto, aun no deseando en principio someterse a la decisión de un tercero, tenga razones para creer que dicho tercero tiene, en un caso concreto, una capacidad superior a la suya propia para, aplicando la racionalidad, adoptar la decisión óptima de entre las posibles para lograr los fines de aquel. Se trata, pues, del caso de un sujeto con limitaciones en la racionalidad de su capacidad de juicio, por cualquier razón (debilidad de voluntad, falta de información suficiente, de capacidades de enjuiciamiento, etc.). Ejemplo: un sujeto decide seguir las reglas de seguridad en el tráfico aéreo (a pesar de no haber participado en su elaboración ni ser capaz –por su ignorancia– de aceptarlas libremente) por considerar que, a la vista del riesgo existente y de su falta de información suficiente, resulta racional confiar y "ponerse en manos del Derecho" en ese supuesto concreto. En tales condiciones, también podría constituir un buen ejercicio de la propia autonomía someterse a la decisión de otro (Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1986, pp. 49-51).

[9] Wolff, *Anarchism*, 1970, pp. 18 y 19.

[10] Wolff, *Anarchism*, 1970, pp. 41-43; Raz, *Ética*, 2001, pp. 381-385. Obviamente, una teoría contractualista seria (que tome en serio la autonomía moral de los sujetos) no puede basarse en meras hipótesis, especulaciones, "consentimientos *de facto*" u otros artificios retóricos semejantes, sino que debe exigir un consentimiento real y válido de cada sujeto en el pacto: Sartwell, *Against the State. An Introduction to Anarchist Political Theory*, State University of New York, 2008, p. 50; Huemer, *The Problem of Political Authority*, Palgrave MacMillan, 2013, pp. 36 ss.; Barnett, *Restoring the Lost Constitution*, ed. actualiz., Princeton University Press, 2014, pp. 14-30; Egoumenides, *Philo-*

orientación de la decisión hacia el "bien común" la dota de autoridad. Y ello, porque justamente, en el contexto de imposibilidad de una moralidad colectivamente vinculante y de respeto a la autonomía moral del sujeto, el bien común ha de ser determinado mediante decisión.[11] Y dicha decisión solamente si es adoptada por unanimidad resultaría vinculante para un sujeto moral autónomo.

La conclusión, hasta aquí, sería, por lo tanto, que, hablando en términos exclusivamente morales, la pretendida autoridad moral independiente (de su contenido, e independiente del hecho de que sean libremente aceptadas) de las prescripciones jurídicas es más una construcción puramente ideológica que una tesis que pueda justificarse sobre la base del razonamiento moral. De manera que, en ausencia de una aceptación expresa –caso por caso– de cada norma por parte de cada uno de sus destinatarios, no existiría razón alguna para otorgar a esta legitimidad alguna (ni, consiguientemente, para proclamar la existencia de un deber moral de obedecerla).

3. Teoría política anarquista y el concepto de sanción

Así pues, desde la perspectiva libertaria, la solución óptima (por ser la que maximiza la autonomía moral de los individuos) para la organización de la interacción social es el anarquismo: aquella propuesta política normativa que prescribe que dicha interacción sea organizada prescindiendo de cualquier coerción estatal; y, por lo tanto, también de las prohibiciones y de las sanciones. Evidentemente, la pregunta que hay que hacerse es la de cómo es posible resolver en este marco los problemas de coordinación social y, especial, cuál es el diseño institucional que se propone para afrontar los problemas de desviación social.

Lo que tienen en común todas las teorías políticas anarquistas (además de su rechazo a la alternativa de constituir una autoridad central que pretenda monopolizar la capacidad de coerción sobre los sujetos desviados) es su crítica al concepto de sanción: la sanción, cualesquiera que sean sus fines (es decir, tanto si pretende retribuir males pasados como si pretende prevenir males futuros) resultaría ser una herramienta moralmente injustificable, porque ni hacer justicia ni evitar potenciales e indeterminados males futuros son razones suficientes para privar de sus derechos y de su autonomía a un individuo. De este modo, todos los defensores del anarquismo apuestan decididamente por una combinación de dos herramientas. Primero, una justicia con finalidad exclusivamente restaurativa. El objetivo, en efecto, de la resolución colectiva de los conflictos sociales debería ser únicamente el de corregir las situaciones injustas y restablecer a cada sujeto en sus derechos violados. Y nada más: ni castigar, ni intimidar, ni inocuizar, ni resocializar…[12] Y, en segundo lugar, admitiendo que puede haber ocasiones en que resulte imprescindible precaverse frente a futuras violaciones de normas, los anarquistas defienden el recurso a la imposición, cuando resulte imprescindible (proporcionado), de medidas de carácter preventivo, de carácter cuasi-policial, basadas (y aquí estribaría la diferencia con la sanción) en riesgos inmediatos, concretos y comprobables.[13] Nada, pues, de sanciones que pretendan evitar riesgos genéricos de reincidencia (prevención especial) o efectos criminógenos (prevención general).[14]

---

sophical Anarchism and Political Obligation, Bloomsbury, 2014, pp. 68 y ss.

[11] Sartwel, *State*, 2008, pp. 61 y ss.; Egoumenides, *Anarchism*, 2014, pp. 137-153.

[12] Leeson, Do contracts require formal enforcement?, en Stringham (ed.), *Anarchy, State and Public Choice*, Edward Elgar, 2005, pp. 68-74; Chartier, *Anarchy and Legal Order*, Cambridge University Press, 2013, pp. 263 ss.; Huemer, *Authority*, 2013, pp. 272-277; Barnett, *The Structure of Liberty*, 2ª ed., Oxford University Press, 2014, pp. 177-185.

[13] Ritter, *Anarchism: A Theoretical Analysis*, Cambridge University Press, 1980, pp. 75-76; Chartier, *Anarchy*, 2013, pp. 259-261; Barnett, *Liberty*, 2014, pp. 185-192.

[14] Hasta aquí el consenso. A partir de aquí, cuando hay que concretar el diseño institucional, los defensores de la alternativa anarquista se dividen claramente en dos bandos, en función de cuál es la opción política, conservadora o progresista, que sostienen: en atención al papel que otorgan a la igualdad y a la libertad materiales en el modelo de sociedad justa que defienden. Así, los defensores conservadores del anarquismo optan por las agencias privadas de protección (medidas preventivas para evitar que la violación de normas y de derechos tenga lugar, y aseguramiento de la compensación del daño sufrido, en el caso de que este ocurra –en ningún caso, pues, sanción ni privación de derechos del infractor), y por el pago de sus servicios, como solución institucional (Rothbard, *For a New Liberty. The Libertarian Manifesto*, 2ª ed., Ludwig von Mises Institut, 2006, pp. 267 y ss.; Casey, *Libertarian Anarchy*, 2012, pp. 80-82; Huemer, , *Authority*, 2013, pp. 230 y ss. Por su parte, el anarquismo de izquierdas posee una teoría del control social bastante más nebulosa. Oscilando entre quienes –la gran mayoría– de-

Aun desde una perspectiva libertaria, cabe albergar serias dudas acerca de la viabilidad efectiva de los diseños institucionales puramente anarquistas, en sociedades lo suficientemente complejas como para que buena parte de las interacciones sociales resulten anónimas.[15] Las dudas se derivan tanto de la experiencia histórica real como de los análisis teóricos. Así, de una parte, las investigaciones acerca de la historia del poder político en Europa parecen dejar meridianamente claro que los estados modernos tienen su origen en situaciones políticas pre-estatales inestables que evolucionaron hacia un monopolio de la coerción por parte de algunos agentes. Monopolio que, con todas sus irregularidades y conflictos, se ha revelado mucho más estable.[16] Por otra parte, los estudios de teoría social indican que, en una situación de anarquía pura (ausencia de derechos y de normas generalmente reconocidos), el equilibrio en la interacción –el orden– se produce a través de acuerdos de no agresión.[17] Los acuerdos son tanto más probables cuanto más prolongada en el tiempo sea la interacción.[18] Cabe una ulterior mejora en la seguridad y estabilidad de la interacción: introducir una agencia independiente encargada de supervisar el cumplimiento de los acuerdos contraídos.[19] Una agencia así beneficia principalmente a los grupos sociales dominantes, dado que les permite reducir el esfuerzo para mantener el *statu quo* y, además, asegurarse el apoyo de partes más débiles de la población sometida (a cambio de *"paz y seguridad"*, aunque sea injusta).[20] Además, en una situación de ausencia de normas y de derechos de propiedad generalmente reconocidos, existe un incentivo considerable para aliarse, para proteger la propia situación y/o para mejorarla en detrimento de terceros.[21] Las coaliciones más probables no son las de individuos prudentes que tan solo quieren conservar lo que ya poseen, sino más bien las coaliciones de extorsionadores: coaliciones orientadas a mejorar la posición de sus miembros, arrebatando para ello su posición a terceros no miembros.[22] Otro tanto ocurre con la agencias de protección y supervisión: en una situación de anarquía, existen fuertes incentivos para limitar la protección a ciertos grupos sociales, los más pudientes y/o poderosos; emplear el poder asumido por la agencia de protección no en favor de sus clientes, sino para extorsionarles; generar colusiones entre las agencias de protección y los infractores, en detrimento de los ciudadanos respetuosos de los acuerdos; y cartelizar el negocio de la protección y constituir monopolios.[23]

Por lo tanto, lo que el análisis nos muestra es que la situación de anarquía no tiende a ser una de puro

fienden que en una sociedad anarquista la única medida de control social puede y debe ser la censura comunitaria (boicot, ostracismo, mala fama, reprensión, etc.): Ritter, Anarchism, 1980, pp. 75 y 76; Tifft/ Sullivan, *The Struggle to Be Human. Crime, Criminology, and Anarchism*, Cienfuegos Press, 1980, pp. 149-154; Samuels, "Anarchism and the theory of power", en Stringham (ed.), *Anarchy*, 2005, pp. 161-169; Graeber, *Fragmentos de antropología anarquista*, Virus, 2011, pp. 49 y ss. Y quienes, en cambio, aceptan que los miembros de la comunidad puedan recurrir, en casos límite, a la violencia para detener a los infractores de normas sociales (Chartier, *Anarchy*, 2013, pp. 265-266, 295-296), en una suerte de "legítima defensa de la colectividad".

[15] En efecto, como señala Hogarty, "Cases in Anarchy", en Stringham (ed.), *Anarchy*, 2005, p. 102, la piedra de toque de cualquier teoría del orden social, y también del anarquismo, es aquel grupo social en el que las interacciones se vuelven anónimas. En las que ya no se puede contar con que existan motivos, afectos y lazos entre los sujetos de la interacción que preconfiguren el modo en que esta va a tener lugar, sino que hay que confiarlo todo a las expectativas y a los patrones de interacción social, y al modo en el que las mismas son hechas valer frente a un extraño.

[16] Mann, *Las fuentes del poder social*, I, trad. Santos Fontela, Alianza Editorial, 1991, pp. 588 y ss.; Tilly, "War Making and State Making as Organized Crime". En Evans/ Rueschemeyer/ Skocpol (eds.), *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, 1985, pp. 169 y ss.; Tilly, *Coercion, Capital, and European States, AD 990–1990*, Blackwell, 1990, pp. 67 y ss.

[17] Bush, "Individual welfare in anarchy", en Stringham (ed.), *Anarchy*, 2005, pp. 22 y 23; Tullock, "The edge of the jungle", en Stringham (ed.), *Anarchy*, 2005, p. 36.

[18] Tullock, en Stringham (ed.), *Anarchy*, 2005, pp. 36-38.

[19] *Ibidem*, p. 41.

[20] Este es el punto de partida: el beneficio de la introducción de una agencia de supervisión se reparte en principio en proporción al reparto previo de derechos de propiedad y de recursos. Sin embargo, luego, una vez creada la agencia, el modo en que la misma funcione puede hacer que se produzcan efectos redistributivos, a favor de uno u otro grupo. Dependiendo de cómo sean las reglas bajo las que la misma adopta sus decisiones. Lo que plantea la cuestión, decisiva desde el punto de vista libertario, de qué reglas aseguran la neutralidad de la agencia y maximizan la autonomía moral de los sometidos a su supervisión: vid., al respecto, Buchanan/Tullock. *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, trad. Salinas Sánchez, Planeta-Agostini, 1993.

[21] Hogarty, en Stringham (ed.), *Anarchy*, 2005, pp. 100, 109.

[22] *Ibidem*. pp. 100, 109.

[23] Huemer, *Authority*, 2013, pp. 253 y ss.; Barnett, *Liberty*, 2014, pp. 240-250.

caos, sino una de orden. Pero, eso sí, de un orden extremadamente desigual: con elevadas oportunidades para mejorar la posición a costa de los demás, pero también con grandes riesgos de quedar excluido (de las coaliciones, de las agencias de protección, de los acuerdos más beneficiosos, de la acumulación). Un orden, en suma, particularmente perjudicial para todo sujeto que posea –por naturaleza o por las circunstancias– un elevado grado de aversión al riesgo.[24] Parece dudoso, además, que esta situación de orden desigual e inseguro (extremadamente problemática, desde el punto de vista de la preservación de la autonomía moral de los sujetos) pueda ser revertida por cualquiera de los diseños institucionales que la teoría política anarquista, tanto conservadora como progresista, ha propuesto.

4. El Estado mínimo

A la vista de lo anterior, la solución institucional mayoritaria dentro del pensamiento libertario ha sido la opción por un *second best*: el Estado mínimo. Randy Barnett lo ha expresado con mucha claridad y detenimiento: existen tanto problemas de conocimiento (limitaciones en el conocimiento que cada individuo posee de la situación en la que actúa) como problemas de parcialidad (cada individuo atiende principalmente a aquello que más le interesa) y problemas de poder (cada individuo intenta hacer valer sus intereses) que recomiendan que exista una agencia monopolística de protección, capaz de emplear la coerción.[25]

El Estado mínimo se caracteriza, en efecto, por constituir una agencia monopolista de protección y de supervisión de acuerdos: a diferencia de una sociedad anarquista, en el Estado mínimo todos los miembros de la comunidad están obligados a someter los acuerdos en los que basan sus interacciones a la supervisión; o, visto desde otro punto de vista, todos los miembros de la comunidad se benefician de dicha protección y de dicha supervisión.[26]

Una agencia así es un Estado mínimo si, para garantizar tal supervisión y tal protección, interfiere tan solo lo estrictamente imprescindible en la autonomía moral de los sujetos beneficiarios de su actuación. Porque (siguiendo la argumentación de Barnett), al igual que hay problemas de conocimiento, de parcialidad y de poder que exigen mantener una agencia monopolística de protección, también hay limitaciones inherentes e insalvables de conocimiento (tiene serias dificultades para acceder a toda la información pertinente para adoptar decisiones), de parcialidad (captura de las agencias por intereses particulares, corrupción, persecución de los intereses propios de la burocracia) y de poder (abuso de poder, colusión) en el funcionamiento de dichas agencias, que las vuelven herramientas peligrosas, que han de ser utilizadas con precaución y con mesura.

Obsérvese, antes de continuar, que lo característico del Estado mínimo del pensamiento libertario (lo que une en realidad a todo el pensamiento libertario) es que constituye únicamente una herramienta: un diseño institucional para asegurar que la autonomía moral de los sujetos se vea maximizada. O, dicho de otra forma, ni el estado por sí mismo posee valor moral alguno. Ni en ningún caso es aceptable que el medio llegue a convertirse en un fin en sí mismo, por lo que la medida de la aceptabilidad –legitimidad– del Estado mínimo será en todo caso cómo, cuánto y a qué coste protege la autonomía moral, los derechos, de los miembros de la comunidad. Ningún valor ni legitimidad ni deber de obediencia fuertes podrá derivarse, pues, de este punto de partida: el Estado vale y debe ser obedecido en la medida en la que sirve para proteger la autonomía moral de los individuos (por razones primordialmente instrumentales, por lo tanto); nunca más allá.

De acuerdo con la teoría política libertaria, un Estado mínimo es Estado en el que se parte de que todos

[24] Es en este sentido en el que hay que interpretar la clásica y vívida descripción del estado de naturaleza de Hobbes, *Leviatán*, 1651, cap. XIII (ed. Mellizo, Alianza Editorial, 1989, reimpr. 2002, p. 115): *"*(…) *un tiempo en el que los hombres viven sin otra seguridad que no sea la que les procura su propia fuerza y su habilidad para conseguirla.* (…) *Y, lo peor de todo, hay un constante miedo y un constante peligro de perecer con muerte violenta. Y la vida del hombre es solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta"*.

[25] Barnett, *Liberty*, 2014, pp. 175-185. En un sentido similar se expresan Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, trad. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 94 ss.; Gunning, *Towards a theory of the evolution of government*, en Stringham (ed.), *Anarchy*, 2005, pp. 64 y 65; Buchanan, *Los límites de la libertad*, trad. Sardón, Katz/ Liberty Fund, 2009, pp. 21-24.

[26] Un Estado mínimo produce, pues, en comparación con el estado de anarquía, efectos distributivos, en beneficio de los individuos que se habrían quedado fuera de las coaliciones, de las agencias de protección, de los acuerdos beneficiosos y de la acumulación: Nozick. *Anarquía*, 1988, pp. 114-118.

y cada uno de los individuos posee, antes de su reconocimiento por parte del Estado y del Derecho, unos derechos morales. Todos los derechos morales del individuo resultan ser, en último extremo, manifestaciones de su derecho de autopropiedad.[27] El derecho de autopropiedad es el derecho de propiedad más potente que se puede reconocer a todos y cada uno de los sujetos morales de manera igualitaria (y que constituye la herramienta institucional básicas para que puedan ejercer efectivamente su autonomía moral).[28]

El derecho de autopropiedad implica: a) la facultad de control sobre uno mismo (cuerpo y mente); b) el derecho a una compensación si alguien pretende utilizar mi mente o mi cuerpo; c) el derecho a hacer valer tales derechos (prevención frente a futuras violaciones, o compensación frente a las pasadas); d) la facultad de transferir el control a terceros; y e) la inmunidad frente a la pérdida del derecho.[29] El derecho de autopropiedad se manifiesta, en la práctica en libertades de acción (de mi mente y de mi cuerpo).

El fundamento del Estado mínimo libertario estriba en la decisión (libre y voluntaria) de los individuos de intercambiar algunas de sus libertades prepolíticas por derechos reconocidos y protegidos por el Estado. Tal es el papel del momento constitucional. Es preciso, pues, distinguir claramente tres momentos: a) el estado previo de asignación de derechos (de autopropiedad, en última instancia); b) el momento de las decisiones constitucionales, de la decisión acerca de qué derechos prepolíticos se intercambian por derechos reconocidos por el Estado (y cuáles no); y c) el momento posconstitucional.

Existe división, dentro del pensamiento libertario, acerca del alcance de la asignación preconstitucional de derechos; acerca del contenido del derecho de autopropiedad, en suma. Así, el pensamiento libertario conservador defiende que el derecho de autopropiedad implica también el derecho de apropiación sobre todos aquellos bienes no poseídos por nadie.[30] En cambio, el pensamiento libertario progresista sostiene que ello solo sería moralmente aceptable en un universo –implausible– en el que no existiese la condición de la escasez: esto es, en el que la apropiación por parte de algunos individuos no impidiese oportunidades semejantes de apropiación por parte de los demás. Y que, por consiguiente, solo el control sobre el propio cuerpo y mente, y sus acciones, pero no sobre los bienes materiales, está cubierto por los derechos prepolíticos.[31]

En el momento constitucional, se acuerda: a) un pacto de no agresión; b) una asignación de derechos (políticamente reconocidos); c) un acuerdo sobre la forma de hacer cumplir las normas; y d) un acuerdo sobre las reglas para tomar decisiones en la fase posconstitucional[32]. Obsérvese que en la interpretación libertaria, el acuerdo constitucional no es tan solo una metáfora o una hipótesis regulativa: antes al contrario, ha de ser un acuerdo real (y libre).[33] Pues, en ausencia de acuerdo unánime sobre las cuestiones de índole constitucional, no existe ninguna razón para que el sujeto se someta a las decisiones que el Estado adopte en el momento posconstitucional: ninguna razón independiente del contenido de cada decisión; ninguna razón para reconocer la autoridad del Estado.

Así, en relación con la asignación de derechos, cabe imaginar cualquier clase de criterio de reparto, puesto que, si ha de tratarse de un acuerdo constitucional real, que se opte por un u otro dependerá de

[27] Cohen, *Self-ownership, freedom, and equality*, Cambridge University Press, 1995, pp. 209 y ss. Que, a su vez, es una manifestación en el plano de la interacción social de su autonomía moral.

[28] Vallentyne/ Steiner/ Otsuka. "Why Left-Libertarianism Is Not Incoherent, Indeterminate, or Irrelevant: A Reply to Fried", en *Philosophy & Public Affairs 33*, 2005, p. 202. Cualquier otro derecho de propiedad ni es imprescindible para el ejercicio de la autonomía moral, ni sería posible reconocérselo a todos y cada uno de los sujetos morales.

[29] Steiner, *Rights*, 1994, pp. 231-236; Vallentyne, en Vallentyne/ Steiner (ed.), *Left Libertarianism*, 2000, pp. 4 y 5; Vallentyne/ Steiner/ Otsuka, Philos. Public Aff 33, 2005, pp. 203 y 204.

[30] Nozick, *Anarquía*,1988, pp. 175 y ss.

[31] Steiner, *Rights*, 1994, pp. 232-236; Otsuka, *Libertarianism*, 2003, pp. 11 y ss.; Vallentyne/ Steiner/ Otsuka, Philos. Public Aff 33, 2005, pp. 208-2010. Los libertarios de izquierdas se distinguen, entonces, de los liberales igualitarios en el papel decisivo que otorgan, como límite (*side-constraint*) frente a los objetivos colectivos de bienestar y de justicia, al respeto al derecho de autopropiedad (como plasmación institucional de la autonomía moral) de cada sujeto: ningún objetivo de justicia o de bienestar podría justificar una interferencia masiva y coercitiva en dicho derecho, en dicha autonomía (Otsuka, *Libertarianism*, 2003, pp. 114 y ss.; Vallentyne/ Steiner/ Otsuka, Philos. Public Aff 33, 2005, pp. 210-215).

[32] Buchanan, *Libertad*, 2009, pp. 67 y ss.

[33] Buchanan, *Libertad*, 2009, pp. 43 y ss.; Barnett, *Constitution*, 2014, pp. 43-45; Barnett. "We the People: Each and Everyone", en *Yale Law Journal* 123, 2014, pp. 2596-2602.

quiénes (y de cómo, de cuándo, de dónde) participen en él.[34] En todo caso, en términos políticos, un acuerdo constitucional es legítimo (genera autoridad: legitimidad) cuando goza del apoyo unánime de las partes implicadas, cualquiera que sea su contenido.[35]

Si esto es así, entonces, en el momento posconstitucional ocurrirán cuatro cosas. La primera es que las competencias del Estado deberán ser interpretadas siempre como limitadas: a aquellas que le hayan sido expresamente otorgadas en el pacto constitucional. No existen, pues, competencias residuales, sino que la interpretación de las competencias ha de ser siempre de índole restrictiva: al menos, en la medida en que el ejercicio de dichas competencias interfiera con la libertad de los ciudadanos.[36]

En segundo lugar, aun en el caso de aquellas competencias que han sido atribuidas por el acuerdo constitucional al Estado, no basta con ello para que puedan ser ejercitadas libremente. Antes al contrario, el Estado tiene, para poder ejercer dichas competencias constitucionalmente atribuidas, una carga de argumentación. Por parte del Poder Legislativo, esto se manifiesta en la obligación de justificar la necesidad y la adecuación del contenido de las leyes a las competencias constitucionalmente reconocidas que se pretende ejercer. Y, por parte del órgano competente para el control de constitucionalidad de las leyes, en la obligación de revisar el modo en que el Poder Legislativo cumple dicha obligación de justificación.[37]

En tercer lugar, en un Estado mínimo debe aceptarse la existencia, como principio general del Derecho, de una presunción de libertad, que tendría por contenido algo semejante a lo dispuesto por la 9ª Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América: "*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*". Es decir, al interpretar el pacto constitucional (y las competencias estatales derivadas de dicho pacto), habrá que asumir que no solo los derechos explícitamente reconocidos en el acuerdo constitucional, sino cualquier otra libertad derivable del derecho de autopropiedad del sujeto, en tanto no interfiera con el derecho de autopropiedad de terceros, le pertenece al sujeto, esté o no legislado así.[38]

Por fin, en cuarto lugar, dentro de este marco, cabe exigir al Estado que, al actuar en ejercicio de las competencias constitucionalmente reconocidas, resulte neutral: esto es, que no afecte, para modificarla, a la distribución de derechos constitucionalmente pactada.[39] Y ello, porque en un Estado mínimo las alteraciones en la distribución de derechos que tengan lugar en relación con la asignación inicial (constitucional) debería tener lugar única y exclusivamente a través de la interacción voluntaria de los sujetos, que son quienes, en función de sus planes de vida (autonomía moral) y de las posibilidades de acción que atisben, deben decidir qué facultades ceden, y cambio de qué.

Téngase en cuenta, sin embargo, que una actuación estatal (en ejercicio razonable –proporcionado– de competencias constitucionalmente reconocida) únicamente no es neutral cuando intencionadamente persigue la alteración de la asignación de derechos acordada en el pacto constitucional. No, por el contrario,

[34] Es importante deslindar el concepto libertario de Estado mínimo del concepto neoliberal (= libertario conservador) de "Estado mínimo": mientras que este último responde a una teoría acerca de qué asignación de derechos es justa (a una teoría de la justicia, en suma), en la teoría política (= no moral) libertaria pura, el concepto de Estado mínimo es únicamente una herramienta para preservar *cualquier* asignación de derechos que las partes del pacto constitucional hayan acordado establecer. Así, tan mínimo es un Estado que preserva los derechos de quienes pactaron una economía de libre mercado y un reparto desigual de derechos de propiedad como el que preserva los de quienes pactaron un acceso colectivo a los recursos.

[35] Obsérvese que esto no significa necesariamente sacar la ética de la ecuación, simplemente implica darle a la ética y a la teoría de la justicia aquel protagonismo que las partes del acuerdo constitucional quieran darle: puesto que cada sujeto ha de consentir en el acuerdo, cualquiera puede, si lo desea, hacer valer las exigencias máximas de la teoría de la justicia… claro que siempre a un determinado precio, ya que obstruir el acuerdo constitucional conlleva costes para las partes implicadas (Buchanan/ Tullock, *Consenso*, 1993, pp. 125 ss.).

[36] Barnett, *Constitution*, 2014, pp. 155 y ss.

[37] Barnett, *Constitution*, 2014, pp. 180-187. En este sentido, la concepción libertaria se aproxima mucho a la interpretación más activista del papel del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes: *cfr*. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, ambos con ulteriores referencias.

[38] Barnett, *op. cit.,* pp. 226 y ss.

[39] Que solo puede ser legítimamente modificada mediante un nuevo pacto constitucional: Buchanan/ Tullock, *Consenso*, 1993, pp. 240-246; Buchanan, *Libertad*, 2009, pp. 121 ss.; Barnett, *Constitution*, 2014, pp. 53 y ss.

si se trata de una actuación dirigida a restablecer o preservar tal asignación de derechos. "Neutralidad", pues, aquí no quiere decir abstención: quiere decir autorrestricción a las propias competencias. En otro caso, si el Estado actuase sin la neutralidad requerida, se estaría saliendo del marco constitucional, y estaría así quebrantando el fundamento de la autoridad moral que pudiera pretender en aquellos ámbitos en los que le ha sido otorgada.[40]

5. Bienes jurídicos y justificación de sanciones

Vemos, por fin, cuáles son las consecuencias que –hasta donde yo alcanzo a ver– posee la aplicación de la teoría política libertaria al problema de la justificación de las prohibiciones y de las sanciones estatales.

En relación con los bienes jurídicos protegidos y las conductas prohibidas:

1ª) Un Estado mínimo libertario no debe actuar en ningún ámbito en el que el pacto constitucional no le haya otorgado competencias. Esto significa, en la práctica, que no cualquier bien jurídico moralmente justificado, ni cualquier acción dañosa contra dicho bien, justifican la acción coercitiva estatal. Habrá, pues, estados de cosas valiosos que no deberían ser protegidos en ningún caso por el Estado.

2ª) No puede existir, por lo tanto, una lista de bienes protegibles (ni un elenco de acciones dañosas contra dichos bienes) con valor general, sino que en cada momento y lugar los acuerdos constitucionales pueden dar lugar a que ciertos bienes jurídicos pasen a formar parte del campo de actuación legítima del Estado, o dejen de estar en él.

3ª) Aun en el caso de aquellos bienes jurídicos que estén, conforme al pacto constitucional, en el ámbito de actuación legítima del Estado, no cualquier actuación orientada a protegerlos está políticamente justificada: aparte de otras consideraciones, solo una actuación coercitiva proporcionada y que haya sido efectivamente justificada como tal, puede resultar políticamente legítima.

4ª) De ningún modo puede resultar legítima una actuación estatal que pretenda, a través de la coerción, modificar la asignación de derechos constitucionalmente pactada. Ello veda, a mi entender, por completo cualquier forma de Derecho prohibitivo con finalidad puramente promocional,[41] no solo por resultar ineficaz y/o ineficiente, sino por ser políticamente ilegítimo.

5ª) Por lo demás, buena parte de las conductas moralmente indeseables, y aun dañosas, simplemente tendrían que ser, en un Estado mínimo libertario, conductas permitidas, en tanto los miembros de la comunidad política no hayan cobrado conciencia de su inmoralidad y de su dañosidad. Un Estado mínimo libertario se opone, pues, al diseño tecnocrático de las prohibiciones y sanciones (por parte de los expertos del propio Estado, de grupos de presión, de organismos internacionales). Exige, al contrario, que quien quiera influir sobre la legislación (para incorporar a ella mayores cotas de coerción, aunque sea en pro de objetivos colectivos valiosos) lo haga única y exclusivamente convenciendo a la ciudadanía de que debe otorgar nuevas competencias al Estado.

En relación con los fines y justificación de las sanciones:

1ª) Me parece muy difícil compatibilizar la teoría política libertaria con una justificación retributiva de las sanciones estatales. En efecto, tal y como se ha expuesto, el pensamiento libertario niega al Estado cualquier legitimidad para cumplir la función de "hacer justicia": la justicia (la asignación de derechos) debe ser determinada por los miembros de la comunidad política en el pacto constituyente; y, una vez establecida dicha asignación, no es competencia del Estado intentar alterarla, mediante sus actuaciones coercitivas. Por ello, tampoco cuando se trata de controlar actuaciones de terceros que interfieran con los derechos asignados a algún sujeto podrá el Estado, con su actuación, perseguir un fin de "hacer justicia".

En este sentido, la teoría política libertaria se distancia del pensamiento liberal clásico, que en el

[40] Y, consiguientemente, los sujetos recuperarían plena libertad para, de forma moralmente justificada, salirse también a su vez del pacto: desobedecer a las leyes, resistirse, rebelarse o abandonar la comunidad política. El pensamiento libertario, en efecto, hace hincapié en la importancia de la tercera de las tres alternativas de acción (lealtad, voz, salida) que, frente a una situación indeseable, contemplaba Hirschman, *Salida, voz y lealtad*, trad. Suárez, FCE, 1977, pp. 28-32): la posibilidad de salirse del pacto constitucional, mediante la desobediencia, la actuación egoísta, el derecho de secesión o la emigración (Barnett, *Liberty*, 2014, pp. 254 y 255).

[41] Vid., al respecto, Paredes Castañón, *Justificación*, 2013, pp. 72-77.

fondo es también una teoría moral, acerca de los derechos y deberes de los ciudadanos, y que es capaz por ello de apoyar su teoría de la responsabilidad en la idea de que el ciudadano ha incumplido sus deberes y de que ello exige (desde el punto de vista moral) que sea castigado. El pensamiento libertario, en cambio, no acepta ningún punto de vista moral, cuando de justificar la actuación estatal coercitiva se trata: el Estado es una herramienta para preservar los derechos de los sujetos, nada más. En este contexto, la retribución de la injusticia, del mal, del incumplimiento de deberes, son todas ellas funciones completamente fuera de lugar.[42]

2ª) Más discutible, por ambigua, me parece la relación entre pensamiento libertario y fines preventivos de las sanciones. De una parte, es evidente que en el libertarismo existe una profunda desconfianza hacia los objetivos colectivos y vagos como justificación de la coerción estatal. Por ello, una parte importante del pensamiento libertario rechazan por principio que la coerción estatal frente a infractores pueda ir más allá de asegurar la justicia conmutativa, esto es, de la reparación del daño causado por el infractor a la víctima. Niegan, pues, por principio la legitimidad política de la justicia legal, de la toma en consideración del efecto supraindividual (más allá de la víctima misma) de la infracción.[43]

Sin embargo, tal posición no resulta unánime dentro del libertarismo. Por el contrario, otro sector dentro de esta corriente de pensamiento acepta que las infracciones tienen, más allá del daño material que producen, un efecto comunicativo.[44] Y, consiguientemente, aceptan que la prevención pueda cumplir un papel en el diseño y medición de las sanciones estatales contra infracciones de los derechos.

Eso sí, parece claro que una teoría libertaria del Derecho sancionador no podría conformarse con finalidades preventivas abstractas (efecto simbólico, tranquilizador o reasegurador de la sanción), sino que ha de exigir que los objetivos preventivos resulten concretos, mensurables y empíricamente verificables. Me parece, por ello, que una teoría libertaria del Derecho sancionador únicamente podría resultar compatible (si lo es) con los fines de prevención general intimidatoria y de prevención especial, interpretados ambos en el sentido más empírico posible.

6. Conclusiones

Acabo refiriéndome brevemente al valor que puede poseer la teoría política libertaria para la reflexión político-criminal. Como se ha indicado, en realidad la teoría política libertaria no sostiene un modelo de sociedad o de Estado justos, sino únicamente una teoría normativa acerca de las condiciones en las que surge, de forma moralmente justificada, la autoridad política (y, por ende, la del Derecho puesto por aquella). No es una teoría acerca de la justicia, sino acerca de los procedimientos políticos legítimos, por resultar compatibles con la autonomía moral de los sujetos.

En este sentido, es importante reclamar el valor político de la teoría libertaria. En particular, hay mucho que aprender (a este respecto, este trabajo es tan solo una cata preliminar) cuando se trata de medir y de ponderar la intervención coercitiva del Estado en los derechos y libertades individuales, y en la autonomía moral de las personas. Porque, de hecho, estamos demasiado acostumbrados a razonar, a la hora de justificar intervenciones coercitivas estatales, a partir de la idea de que el objetivo perseguido es, globalmente considerado (como objetivo colectivo), justificable, tanto en términos morales como instrumentales. Pero de lo que nos advierte la teoría política libertaria es justamente de que ello puede ser condición necesaria, pero nunca es suficiente para justificar la coerción estatal: que –por decirlo con Robert Nozick– la interferencia de la coerción estatal en la autonomía moral de los sujetos no puede justificarse únicamente por el hecho de que persiga objetivos moralmente razonables; porque la autonomía de cada sujeto moral y de sus planes de vida posee un valor propio, e infranqueable para un Estado que se pretenda legítimo.[45]

Es cierto que parte de las garantías que podrían derivarse de la teoría política libertaria para un Estado y un Derecho legítimos, respetuosos de la autonomía

[42] Barnett, *Liberty*, *op. cit*., pp. 317-321.
[43] *Cfr*. Barnett, *Liberty*, 2014, pp. 225-233.
[44] *Cfr*. Nozick, *Anarquía*, 1988, pp. 73-80.
[45] *Ibidem*, pp. 45-47.

moral de las personas, pueden deducirse también a partir de otras teorías morales y políticas (liberalismo, iusnaturalismo cristiano, etc.), sin necesidad de recurrir a una teoría política libertaria. Pero no siempre es así: me parece, en efecto, que existen una serie de límites, muy razonables, a la libertad de decisión del legislador que se justifican mucho mejor a partir de la teoría política libertaria. Además, frente a tanto discurso vacuo acerca de los "principios limitadores del *ius puniendi*", que demasiadas veces no concreta ni el estatus de los "principios" ni las consecuencias de que las leyes no los respeten, el pensamiento libertario extrae una consecuencia clara y contundente (y coherente): que tal ley o tal actuación no son legítimas. Y que, debido a ello, no merecen (por razones morales, cuando menos) obediencia. No es poco.

AUTOR: Este articulo no viene con bibliografía, se va a integrar o no se integrará?

[46] Como señala, Vallentyne, en Vallentyne/ Steiner (ed.), *Left Libertarianism*, 2000, p. 3, la tesis de que cualquier violación del derecho de autopropiedad es políticamente ilegítima es mucho más fuerte que la –generalmente aceptada– de que debe haber algunos límites a la coerción estatal.