



Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal*

José Manuel Paredes Castañón

Universidad de Oviedo

RESUMEN: Este artículo aborda el complejo problema de la racionalidad y justificación de las leyes penales, así como los criterios que permiten validar o cuestionar dicha justificación, elaborados a partir de noventa reglas.

PALABRAS CLAVE: Política criminal, leyes penales, justificación de la norma, Constitución española.

ABSTRACT: This paper addresses the complex issue of rationalization and justification of criminal law and the criteria for validate or question such justification using ninety rules related.

KEY WORDS: Criminal policies, criminal laws, justification of the rule, Spanish Constitution.

SUMARIO: 1. Sobre la necesidad de dotar de contenido a los conceptos de ‘racionalidad’ y de ‘justificación’ de las leyes penales. 2. Las reglas

1. Sobre la necesidad de dotar de contenido a los conceptos de ‘racionalidad’ y de ‘justificación’ de las leyes penales

En las comunidades políticas en que vivimos se sostiene que: las leyes emanarían (cuando menos, en último extremo) “del pueblo”; los medios de comunicación constituyen agentes decisivos del debate político (y, por consiguiente, del debate político-criminal); las discusiones acerca de la justificación (o carencia de justificación) de las leyes penales parecen omnipresentes: a veces sobre la justificación de todas las leyes penales en general y, en todo caso, siempre acerca de la justificación de alguna de ellas en particular.

No obstante que las discusiones sean constantes, no significa necesariamente que exista claridad alguna sobre las preguntas ni sobre las respuestas: ni sobre qué se está discutiendo exactamente, cuando de “justificación” —“justicia”, de “racionalidad”— se habla ni tampoco sobre qué criterios resultarían admisibles (intersubjetivamente admisibles) a la hora de argumentar que una determinada norma jurídico-penal está justificada, es decir, una forma de describir un delito o una determinada clase o magnitud de sanción. Al contrario, lo que más bien parece es que buena parte de las energías de unos y de otros se desvanecen en la generación de ruido, antes que de información relevante: los unos (críticos) por incapacidad para razo-

* Publicado en *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, núm. 2, 2014, pp. 347-396.

nar de una manera suficientemente compleja, tomando en consideración todos los factores pertinentes a la hora de valorar una regulación penal; los otros (legisladores) por evidente falta de interés en discutir de forma racional sobre dichas cuestiones, resultándoles preferible el “diálogo de sordos”, que permite ocultar mejor intereses —confesables o inconfesables— y/o valores y prejuicios (algunos moralmente repugnantes), que son los que están en el sustrato de muchas decisiones político-criminales.

Por lo anterior me parece imperiosamente necesario aportar racionalidad en el debate: aportar criterios argumentados y fundamentados que permitan validar o cuestionar las preguntas que se consideran pertinentes, pero también sugerir o cerrar caminos para la argumentación, cuando de discutir sobre justificación de las leyes penales se trate. En efecto, me parece claro que una de las recetas para mantener bajo control la tentación del “populismo punitivo” es el rescate del pensamiento racional en política criminal. Frente a la tentación de la irracionalidad, tanto en su versión voluntarista (*vox populi, vox Dei*) como en su versión emotivista (a tenor de la cual los debates político-criminales serían actos de comunicación meramente expresivos, y no argumentativos), hay que reivindicar la posibilidad, conveniencia y necesidad de demandar razones para afirmar o para negar la corrección de los contenidos normativos de las normas jurídicas. Sin duda, la racionalidad de la que estamos hablando es una racionalidad práctica, no teórica, por lo que su contenido y sus criterios de control son diferentes: más amplios, menos rigurosos, más flexibles, más inseguros. Pero, aun así, esta

forma de racionalidad debe ser defendida y fomentada, en el debate.¹

Es por ello que a continuación me propongo presentar una suerte de *vademécum* de la política criminal: un “libro de poco volumen y de fácil manejo para consulta inmediata de nociones o informaciones fundamentales” —tal y como define el término el *Diccionario de la Real Academia Española*— acerca de los argumentos relevantes para afirmar o negar la justificación de una ley penal. Y, por lo tanto, para discutir sobre su pertinencia o sobre la conveniencia de su modificación o supresión. Dicho de otro modo: me propongo presentar una guía para la formulación de argumentarios sobre política criminal que resulten racionalmente aceptables; para identificar, pues, aquellos argumentarios que superan el control de racionalidad mínima, y hacerlo igualmente con aquellos otros que no lo logran (y que deberían ser alterados, so pena de quedar excluidos del debate público). Para ello sintetizaré los resultados de investigaciones anteriores,² intentando pasar de la formulación teórica de los argumentos a su concreción para la praxis de la legislación. Proporcionando, así, una especie de “guía de instrucciones”, con sus correspondientes ejemplos, para un buen legislador penal.

2. Las reglas

2.1. Sobre el concepto de justificación de las normas jurídicas

Regla 1^a: Justificar una norma jurídica significa aportar razones suficientes —las más posibles— en favor de

¹ Entiéndaseme bien: no estoy reclamando una política criminal racionalista y/o tecnocrática (y elitista) ni soy de los que piensan que la política criminal (y, más en general, la política) sea sólo cuestión de intelecto. Es claro (contra la tentación tecnocrática y elitista) que incluso las voces menos ilustradas han de tener presencia en el debate. Ello no quiere decir, sin embargo, que su presencia pueda ser de cualquier manera: antes al contrario, es responsabilidad nuestra, de quienes nos decimos “expertos”, ponemos al servicio de dichas voces, para articular sus razones y emociones, en argumentos que estén dotados de una pretensión suficiente de racionalidad. Y, por lo que hace a la concepción intelectualista de la política, hay que decir que, aunque en verdad sea por completo errónea, ello no puede eximirnos —ni individual ni colectivamente— de canalizar los impulsos (morales, emocionales, etc.) a través de caminos susceptibles de ser racionalizados (vale decir: argumentados racionalmente), muy especialmente cuando de emplear el poder coercitivo del Estado en contra de la libertad individual se trata (con toda la carga de sufrimiento humano y de costes sociales que ello siempre conlleva).

² Véanse de José Manuel Paredes Castañón, “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en Derecho penal económico: bases político-criminales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, 2003, pp. 95 y ss.; “Riesgo y Política Criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico”, en Cándido Da Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2003, pp. 91 y ss.; “El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del ‘Derecho Penal del riesgo’”, *Revista Catalana de Seguretat Publica*, núm. 13, 2003, pp. 11 y ss.; “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, *Eguzkilore*, núm. 20, 2006, pp. 129 ss.; “‘Efecto social’ del hecho y merecimiento de pena: para una crítica de la política criminal de la seguridad”, en Ignacio Muñagorri, Juan S. Pegoraro (coords.), *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 213 y ss.; *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

la conclusión de que, de entre todas las alternativas de decisión que estaban disponibles para el legislador (en un momento y lugar dados), la adoptada (dictar, en ese momento y en ese lugar, esa norma jurídica, con ese contenido prescriptivo) fue la más racional.

Regla 2ª: Sólo es posible justificar normas jurídicas si se parte de unos mínimos de racionalidad. Es decir, de unas circunstancias (materiales, sociales, temporales) que hagan posible la discusión. Quienes intervengan en la discusión deberán tener una educación suficiente en retórica, es decir, de una educación suficiente acerca del modo de emplear argumentos y sobre cómo poner en práctica la actividad de discutir.

En ausencia de dichas condiciones, materiales y culturales, la actividad de justificar (racionalmente) las normas no resulta posible: únicamente lo será aparentar que se están justificando. Pero dicho remedio siempre será fácil de desenmascarar mediante el análisis racional.³

Regla 3ª: La razón de ser de la actividad y de la carga de justificar las normas jurídicas es de orden práctico: volver el Derecho más comprensible. De este modo, facilitar el proceso, primero, de su elaboración: las normas jurídicas son elaborados de manera colectiva, por lo que conocer las razones de los restantes autores ayuda a cooperar en dicho proceso de elaboración. Y, después, de seguirlo, por parte de los destinatarios de la norma: la obediencia al Derecho resulta una actitud más plausible cuando se conocen (y en la medida en que se compartan) las razones que han llevado a dotarlo de un determinado contenido prescriptivo.

Regla 4ª: Justificar es dar razones (en favor de un determinado contenido prescriptivo para la norma jurídica). Pero es siempre darlas en un medio en el que existe una diversidad de opiniones acerca de la cuestión. Sin diversidad de opiniones, la justificación se convierte una tarea sin sentido. Pero lo cierto es que, se reconozca o no (se admite o se reprima), tal diversidad siempre existe.

Regla 5ª: El hecho de llegar o no a justificar suficientemente una norma jurídica no cambia en nada a ésta: su significado (prescriptivo) sigue siendo el mismo. Cambia, sin embargo, a quienes participan en el

debate: al legislador, haciéndole más consciente de la razón de ser de su actuación (y de sus carencias); y al auditorio haciéndole también más consciente de tales razones y carencias.

Regla 6ª: La acción de crear y promulgar la norma jurídica (y la norma jurídico-penal) es una acción más, dentro de las políticas públicas (en nuestro caso, referidas a ciertos conflictos sociales, que se pretenden resolver —entre otros medios— a través de prohibiciones y de sanciones). Por ello, justificar dicha norma y su contenido prescriptivo solamente es posible en el marco del conjunto de dichas políticas. Nunca fuera: el esfuerzo por justificar normas jurídicas sin referirse a objetivos políticos (y a la justificación de estos) resulta siempre inútil.

Regla 7ª: A la hora de discutir acerca de la justificación de la acción de crear una determinada norma jurídica, es posible adoptar dos enfoques diferentes (pero no contradictorios): se puede discutir sobre la justificación del procedimiento adoptado para crearla (con independencia de su contenido), o se puede discutir sobre su contenido (con independencia del procedimiento empleado para crearla). Obviamente, en la realidad política, ambas cuestiones aparecen siempre entrelazadas. No obstante, en el debate es conveniente, por mor de la racionalidad, distinguirlas cuidadosamente y discutir las por separado.

Regla 8ª: Discutir sobre la justificación del contenido (prescriptivo) de una norma jurídica significa, en definitiva, debatir sobre los efectos (performativos), de motivación de conductas, que la promulgación y publicación de la norma jurídica (y el conocimiento de la misma por parte de sus destinatarios) previsiblemente tendrá, en el caso de que la misma sea correctamente comprendida por los destinatarios: sobre si dichos efectos son deseables o no (y sobre si podían, o no, haber sido logrados por otros medios, preferibles o no, que la creación de la norma).

Regla 9ª: Es preciso distinguir entre la cuestión de la justificación del contenido prescriptivo de la norma y la —bastante diferente— de su eficacia comunicativa. Hay normas cuyo contenido está perfectamente justificado, pero que son incapaces (por defectos en las formas de la comunicación) de producir el efecto

³ Que se haga o no depende, claro está, otra vez de las posibilidades materiales —tiempo, recursos, educación, poder—, así como de la existencia de voluntad efectiva de hacerlo. Todo ello tiene que ver, por supuesto, con las complejidades de la política. No obstante prescindiré de estos supuestos: si la discusión acerca de la justificación de las normas jurídicas resulta imposible, o cuando se renuncia a ella entramos en el ámbito de las patologías de la praxis política; patologías que no se arreglan, entonces, con análisis racionales, sino con luchas, también políticas, que ocasionen cambios en el sistema —en este sentido, cuando menos— corrupto.

performativo, motivacional, perseguido (y deseable); y otras, en cambio, que sí que son capaces de lograrlo.

Regla 10^a: Limitándonos aquí a la cuestión de la justificación del contenido prescriptivo de las normas jurídicas —del efecto motivacional perseguido— en realidad la cuestión se ha de desdoblar en dos diferentes: la de su justificación moral y la de su justificación instrumental. Ambas cuestiones —así como las respuestas a las mismas— son diferentes e independientes entre sí. Pero, en todo caso, sólo de una norma jurídica cuyo contenido descriptivo se pueda decir que está suficientemente justificado desde el punto de vista moral cabe afirmar que está parcialmente justificada. En cambio, una norma jurídica cuyo contenido prescriptivo resulte instrumentalmente adecuado —es coherente, realizable de forma eficaz y aun eficiente—, si el efecto motivacional que así se lograría no es justificable moralmente, no puede ser calificada en ningún sentido propio de la expresión como “justificada”. Éste es el preciso sentido en el que la justificación moral es una justificación última (o primera).

2.2. Sobre la necesidad de justificar las normas jurídicas

Regla 11^a: Si, como más arriba indiqué (regla 7^a), la justificación del procedimiento de elaboración de las normas jurídicas no implica necesariamente la justificación moral o instrumental de su contenido, entonces hay una primera solución: la del “mayoritarismo” que parece en todo caso insatisfactoria; que el contenido prescriptivo de una norma responda fielmente a la voluntad de la mayoría (del parlamento, de la sociedad) nada dice, todavía, acerca de la justificación moral y/o instrumental de dicho contenido.

Piénsese en la situación siguiente (perfectamente realista): con ocasión de que el gobierno de turno impulse en las Cortes Generales una enésima reforma del Código Penal, agravando las penas de los delitos de abusos sexuales a menores, un penalista español y un diputado de la mayoría parlamentaria participan en un coloquio en cualquier medio de comunicación. El penalista, muy crítico con la reforma, aduce que las nuevas penas propuestas son, de una parte, completamente innecesarias e inútiles, a la luz de las características criminológicas de la delincuencia sexual contra menores; y que, además, dada su extensión, resultan notoriamente desproporcionadas, por excesivas. Frente a estos argumentos, el diputado de

la mayoría replica que existe un estado generalizado en la opinión pública (reflejado en artículos publicados en los medios de comunicación, en iniciativas de recogida de firmas de asociaciones de víctimas, en cartas y mensajes de apoyo de diversas asociaciones y entidades llegados a la Cámara) favorable al incremento de penas que se propone; y que, además, existe un amplio consenso entre la mayoría de los grupos parlamentarios (sólo algunos pocos diputados de la izquierda no participan del mismo) para impulsar la reforma propuesta.

Sin duda, los dos intervinientes en el coloquio relatado aportan argumentos para justificar (o negar la justificación) de la reforma legislativa propuesta. Pero creo que también resultará obvio que la naturaleza de los argumentos de cada uno de ellos es completamente diferente. Así, mientras que el penalista crítico argumenta en torno al contenido de la norma jurídica propuesta, para criticarlo, a la luz de ciertos criterios de valoración (que reputa indiscutibles), el político argumenta de un modo distinto: no entra a discutir el contenido de la norma, sino que aduce que la misma y su contenido gozan de un generalizado respaldo; en concreto, del respaldo de aquellos agentes (opinión pública, votantes, partidos políticos) cuyo consentimiento constituye, a tenor de la filosofía política (demo-liberal) hegemónica, la fuente de la legitimidad política de las decisiones adoptadas por los órganos del Estado. De este modo, las dos clases de argumentos difícilmente se encuentran: uno argumenta que el contenido de la norma ha de valorarse negativamente (luego intentaré precisar la calificación), a la luz de ciertos criterios de valoración que no deben ser discutidos; el otro, que la misma resulta políticamente legítima, por lo que hay buenas razones para aceptarla y para obedecerla, con independencia de su contenido.

Regla 12^a: Hay tres maneras racionalmente consistentes de negar la conveniencia de hacer el esfuerzo de justificar el contenido prescriptivo de las normas jurídicas. La primera consiste en negar que tal actividad tenga algún significado inteligible y autónomo. Ello, no obstante, sólo puede defenderse coherentemente desde la perspectiva de una teoría de la justicia que propugne el positivismo ideológico (a tenor del cual, lo positivado jurídicamente es el único criterio disponible de justicia). O bien desde la perspectiva de una teoría ética que propugne el escepticismo ético sustantivo (y no sólo metaético), a tenor del cual no

sería posible aportar argumentos racionalmente relevantes en favor de que ningún valor, ningún deber ni ninguna norma deban ser aceptados como moralmente válidos por algún otro individuo, distinto del hablante. Sin embargo, hay razones filosóficamente muy convincentes para rechazar cualquiera de ambas tesis.

Regla 13ª: La segunda manera consistente de negar que deba realizarse el esfuerzo de justificar el contenido prescriptivo de las normas jurídicas estriba en considerar que la actividad justificativa, aunque posible, resulta irrelevante. Sin embargo, ello sólo puede sostenerse racionalmente si se postula alguna forma de pragmatismo ético, a tenor del cual el valor moral de las normas, deberes o valores no dependería en modo alguno de su contenido propio, sino exclusivamente de su origen, en la construcción colectiva por parte de la comunidad. Otra vez, creo que hay razones éticas muy sólidas para oponerse al pragmatismo ético. Y, por consiguiente, también para sostener que la actividad de justificar el contenido prescriptivo de las normas jurídicas no es en absoluto irrelevante.

Regla 14ª: La tercera manera consistente de negar la conveniencia de intentar justificar el contenido prescriptivo de las normas jurídicas es aceptando que la tarea tiene sentido y que no es irrelevante, negar que sea verdaderamente posible, en un contexto de pluralismo valorativo. Ello presupone asumir una absoluta incapacidad de una sociedad diversa y pluralista para establecer canales de comunicación (intercultural) que hagan posible llegar a consensos: ciertamente, no a consensos absolutos, pero cuando menos sí a “consensos entrecruzados” en los que sujetos distintos, con concepciones “fuertes” de la justicia con contenido diverso y aun parcialmente contradictorio sean capaces, pese a todo, de aceptar de forma unánime o muy mayoritaria ciertos valores, deberes o normas morales como comúnmente deseables, aunque sea por razones distintas en el caso de cada uno de ellos. Dicha imposibilidad de la comunicación intercultural no parece, sin embargo, la conclusión que hay que extraer de la evidencia empírica, sino más bien, al contrario, lo que parece más plausible es que, aun en ausencia de poderes sociales coercitivos, la comunicación resulta siempre posible; y, a veces —en las condiciones adecuadas, sobre todo si se fomenta— esperable incluso. Siendo esto así, no hay razón alguna para que se opte por renunciar a cualquier esfuerzo de justificación. Y no, por el contrario, por encaminar el esfuerzo a hacer

posible y viable dicha comunicación intercultural, y dicho esfuerzo argumentativo en común.

Regla 15ª: Todo lo anterior pone de manifiesto que la conveniencia o no de acometer el esfuerzo de justificar el contenido prescriptivo de las normas jurídicas depende en muy buena medida del valor que se otorgue a la racionalidad de la acción (individual y colectiva): cuanto mayor importancia se otorgue a la racionalidad de las actuaciones, mayor trascendencia tendrá el esfuerzo justificativo. Una teoría de la justificación de las normas es, pues, en parte siempre una teoría acerca de su racionalidad (suficiente). Y, también, acerca de la deseabilidad de dicha racionalidad.

2.3. Sobre la justificación jurídica de las normas jurídico-penales (sobre su constitucionalidad)

Regla 16ª: El único aspecto jurídico del problema de la justificación de las normas jurídico-penales es el relativo a su constitucionalidad: esto es, a su validez, en atención a si su contenido prescriptivo contradice o no, desde el punto de vista de la lógica deóntica, al contenido prescriptivo de alguna norma jurídica de rango superior; en esencia, de las normas constitucionales o de las normas del Derecho Internacional (de los derechos humanos, principalmente). No hay ningún otro aspecto de justificación de las normas jurídico-penales que sea de índole propiamente jurídica. Con una consecuencia consiguiente: sólo la contradicción deóntica entre la norma jurídico-penal y la norma de rango superior posee efectos jurídicos (sobre la validez de aquella). El resto de los defectos de justificación de una norma penal carecen de trascendencia jurídica alguna.

Regla 17ª: Hay tres formas en las que las normas penales afectan a normas de derecho fundamental incluidas en la constitución y/o en tratados del Derecho Internacional de los derechos humanos: primero, la prohibición afecta siempre a algunas de dichas normas; segundo, la sanción también lo hace en todo caso; y, por fin, en algunas ocasiones, además, aquello que se pretende proteger a través de la norma jurídico-penal está, a su vez, también reconocido y protegido explícitamente (a veces, incluso a través de un mandato más o menos explícito de incriminación) en una norma constitucional o del Derecho Internacional de los derechos humanos.

Regla 18ª: Para pronunciarse acerca de en qué supuestos existe una contradicción deóntica entre el

contenido prescriptivo de (las prohibiciones contenidas en) las normas jurídico-penales y alguna norma de derecho fundamental contenida en la constitución y/o en el Derecho Internacional de los derechos humanos, es preciso partir, por un lado, de una teoría definida de la interpretación constitucional y, por otro, de una teoría definida del control de constitucionalidad de las leyes. En este sentido, mi propuesta —que no fundamentaré— es, primero, que las normas constitucionales (y las del Derecho Internacional de los derechos humanos) deben ser interpretadas estrictamente: esto es, exclusivamente dentro de los límites de lo admisible conforme a su tenor literal; de manera que cualquier lectura, incompatible con su tenor literal pero sesgada en términos morales y/o políticos no es interpretación (jurídica) ni “desarrollo” de la constitución, sino libre elección de una de las (varias) alternativas de acción política que resultan compatibles con su contenido prescriptivo. Y, segundo, que los órganos competentes para el control de constitucionalidad de las leyes deben declarar ésta (y la invalidez de la ley inconstitucional) exclusivamente en aquellos casos en los que no sea posible compatibilizar el contenido prescriptivo de la ley en cuestión con el que se deriva del tenor literal de la norma constitucional de referencia.

Regla 19ª: Existen, en mi opinión, tres supuestos en los que el contenido prescriptivo (prohibitivo) de una norma jurídico-penal implica una contradicción deóntica con el contenido prescriptivo de una norma de derecho fundamental (y vuelva a aquella inconstitucional). El primer de ellos tiene lugar cuando se produzca una contradicción lógica entre los significados deónticos explícitos derivables del tenor literal de ambas normas. Así, por ejemplo, una norma penal que tipificase la conducta de “el que publique un libro sin someterlo a la oportuna revisión administrativa de su contenido” resultaría claramente contraria a lo dispuesto en el art. 20.2 de la Constitución española (CE). De igual modo, resultaría también abiertamente inconstitucional una norma penal que impusiese la pena de muerte para cualquier tipo de delito no militar, en franca contradicción con lo dispuesto en el art. 15 CE, en su último inciso.

Regla 20ª: El segundo supuesto de contradicción tendrá lugar cuando, no habiendo una contradicción deóntica explícita, sin embargo, no sea posible hacer ninguna interpretación del contenido prescriptivo de la norma penal que (a luz de cualquier teoría moral

coherente defendible) no vuelva a aquél deónticamente contradictorio con el contenido prescriptivo de la norma de derecho fundamental. Existiría contradicción en el plano moral (con el fundamento moral del art. 20, CE) si la ley penal pretendiese prohibir la manifestación de cualquier idea política. O (con el fundamento moral del art. 25.2, CE) si la ley penal impusiese a un delito la pena de prisión perpetua (efectiva).

Podría existir, por el contrario, tan sólo una contradicción en el plano instrumental si la ley prohibiera un elenco tal de conductas de propaganda con fines subversivos que la libertad de expresión reconocida por el art. 20 CE quede sustancialmente recortada. O si impusiese la pena de prisión de más de diez años al delito de hurto.

El caso límite es en el que una teoría moral racional (informada, consistente, universalizable) choque frontalmente con cualquiera de las interpretaciones valorativas imaginables de la disposición constitucional o de derechos humanos de que se trate. Así, por ejemplo, una teoría moral de la desigualdad humana innata (como, por ejemplo, la que sustentaba la ideología nacional-socialista) resultaría casi imposible de compatibilizar con un ordenamiento jurídico que, como el español, contenga entre sus normas constitucionales el principio de igualdad ante la ley (art. 14, CE). No ocurre así —al menos no necesariamente— con una teoría moral de la desigualdad humana en atención a otras razones, o una teoría del “trato diferenciado”, que sólo podrían ser consideradas incompatibles con el principio de igualdad ante la ley desde determinadas lecturas morales de la constitución, mas no desde cualquiera. En tal supuesto, sin embargo, si una norma penal se fundamentase en una teoría moral de tal índole (una circunstancia agravante basada en la etnia del delincuente, por ejemplo), ya no nos hallaríamos en realidad en el caso en el que la contradicción entre el contenido directivo de la norma penal y el de la norma de derecho fundamental ha de determinarse mediante interpretación valorativa; sino más bien en aquel otro —el primero que he considerado— en el que la contradicción es explícita, a partir de los respectivos tenores literales de las normas en conflicto.

Regla 21ª: El tercer supuesto de contradicción se producirá cuando (sin existir tampoco una contradicción deóntica explícita) el contenido prescriptivo de la norma penal, que en principio no es incompatible con el de la norma de derecho fundamental —por-

que a diferencia del supuesto anterior existe alguna lectura moral de tal contenido prescriptivo que lo vuelve compatible con el de ésta— constituye un exceso completamente injustificable de intervención (y de afectación al derecho fundamental protegido por la norma constitucional o internacional). Esto es, una intervención de un grado tal que ha de ser considerada no sólo desproporcionada (por innecesaria, no subsidiaria o excesiva), sino *completamente desproporcionada*: una intervención que ningún análisis racional coherente de los costes (para el derecho fundamental) y de los beneficios (para el bien jurídico protegido por la norma penal) de la prohibición podría conducir a la conclusión de la alternativa adoptada por el legislador fue la solución óptima (de equilibrio).

Regla 22ª: En cambio, cuando las normas jurídico-penales pretenden proteger contenidos prescriptivos de normas de derecho fundamental de rango constitucional o procedentes del Derecho Internacional de los derechos humanos, el parámetro de valoración (de la inconstitucionalidad) ha de ser otro muy diferente: ha de ser el estándar de la diligencia debida, conforme al cual se valora (usualmente, en el Derecho Internacional de los derechos humanos) el grado de cumplimiento —o incumplimiento— por parte de los Estados de las obligaciones que tienen de, por un lado, proteger y, por otro, hacer efectivamente accesibles sin discriminación alguna los derechos a todas las personas. La idea, por consiguiente, es que dicho estándar de diligencia debida (en relación con el cual se ha construido ya en el Derecho Internacional un considerable cuerpo de interpretaciones) puede y debe ser aplicado también, como criterio de valoración de la inconstitucionalidad (por omisión), cuando se enjuician normas jurídico-penales que pretenden proteger bienes jurídicos con origen en la constitución (y en el Derecho Internacional de los derechos humanos).

2.4. Sobre la relación entre las prohibiciones jurídicas y el poder

Regla 23ª: No hay ninguna forma de justificar normas jurídico-penales que tengan un objetivo puramente promocional. Ahora bien, es importante precisar a qué nos referimos con esta expresión: nos referimos a normas cuyo contenido prescriptivo (prohibitivo) pretende promover en la sociedad la aparición de normas sociales hasta ese momento inexistentes. En cambio,

no son auténticas normas prohibitivas puramente promocionales (y, por consiguiente, sí que pueden estar justificadas en determinados casos) aquellas prohibiciones que pretenden reforzar el grado de hegemonía de normas sociales de comportamiento presentes en la sociedad, pero hasta ese momento minoritarias y/o marginadas. Hablando, entonces, exclusivamente del primer caso (de las normas prohibitivas que, en el sentido expuesto, son puramente promocionales), no cabe justificar en ningún caso que el Estado pretenda imponer, a través de prohibiciones jurídicas, nuevas normas sociales de comportamiento, hasta ese momento inexistentes en una sociedad dada. Y ello, porque tal objetivo queda fuera de aquellos que una filosofía política aceptable (moralmente justificable) puede atribuir legítimamente al Estado como finalidad de sus actuaciones de gobernanza de la sociedad, ya que convertiría al Estado en agente sustitutivo de la autonomía individual. Así, sería Derecho Penal promocional, por ejemplo, un tipo penal que prohibiese a las personas casadas hacer valer públicamente el adulterio cometido por su cónyuge como motivo de separación: tal vez sea esta una buena norma social, mas, en todo caso, no es una que rija, hoy por hoy, en la sociedad y —según el argumento que estoy exponiendo— no se la debería pretender imponer a través del Derecho Penal.

Pero, aunque el Estado no debería —por razones morales— intervenir para transformar los modelos de pareja existentes en otro completamente novedoso, eso no significa, en cambio, que no pueda y deba tomar partido, de entre los diferentes modelos que se practican y defienden dentro de la sociedad, por alguno o algunos de ellos: precisamente, por aquellos que resulten más justificables desde el punto de vista moral. Así, debería proteger (entre otros modelos) la pareja igualitaria, frente a la no igualitaria; la pareja indiferente al género y orientación sexual de los integrantes que la que distingue a tenor de tales factores; etc.

Regla 24ª: No existe ninguna razón atendible por la que las normas jurídicas prohibitivas deban emplearse sólo o principalmente para proteger un *statu quo* dado en las relaciones de poder social. El hecho de que sea ésta la práctica más habitual no dice por sí mismo nada acerca de que exista alguna razón moral a favor de tal concepción conservadora de cuál es el objetivo justificable de las prohibiciones jurídicas. De hecho, tal razón moral no existe. Así pues, las pro-

hibiciones jurídicas pueden y deben ser empleadas (cuando se den el resto de las condiciones para ello) para producir cambios en la estructura social, en las relaciones de poder social. Eso sí, siendo conscientes siempre de que los cambios que una prohibición jurídica puede provocar se producirán siempre en el nivel micro-social: esto es, afectarán a las relaciones de poder en conjuntos más o menos grandes de interacciones individualizadas; mas no en principio (salvo por el efecto de la acumulación de muchos cambios en el nivel micro) a la estructura social global. Y, por supuesto, manteniendo la exclusión —por injustificables— de las prohibiciones jurídicas con objetivo puramente promocional (en el sentido expuesto más arriba).

Regla 25ª: Del mismo modo, tampoco existe ninguna razón moral atendible que haga deseable la congruencia entre el contenido prescriptivo de una norma jurídica prohibitiva y aquellos principios que configuran las bases del sistema político imperante. Es cierto que, de hecho, las incongruencias pueden resultar problemáticas desde el punto de vista práctico, de la conservación del sistema político. No obstante, cuando ello obedezca a que el contenido prescriptivo de la norma prohibitiva “incongruente” resulta moralmente más justificado que los principios que inspiran al sistema político, serán unos y otro los que deban transformarse. No la norma prohibitiva.

Soberanía: Aun cuando el art. 1.2 CE establece que “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”, la Constitución española no especifica quiénes están “en pleno uso de sus derechos políticos” (art. 68.5, CE) y, por consiguiente, pueden ejercer el derecho de sufragio. ¿Qué ocurriría, entonces, con una regulación de las penas accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio que extendiese esta pena a todas las infracciones penales? ¿Y qué sucedería si (como está demostrado, por ejemplo, que ocurre en los Estados Unidos de América, aunque en absoluto lo esté que sea el único caso) las políticas criminales, unidas a la selectividad secundaria que produce el sistema penal, ocasionase que entre una décima y una quinta parte de los miembros de un grupo étnico (y una amplia mayoría de sus estratos económicamente más pobres) se viesen sometidos a tal pena accesoria y a tal privación

del derecho de sufragio? Tal regulación, desde luego, no podría ser declarada inconstitucional,⁴ pero sí que pondría en cuestión una de las bases del sistema político: que la abrumadora mayoría (esto es: dejando a salvo tan sólo algún caso excepcional) de las personas mayores de edad y con nacionalidad española, sin discriminación de ningún tipo, tiene acceso al derecho de sufragio. ¿Resultaría políticamente justificable?

Comunidad política: Aunque los arts. 1 y 2 CE establecen que todos los “españoles” son parte integrante de la comunidad política constituida por el “Estado español”, sin embargo, ni el art. 11 CE determina quién posee la nacionalidad española, ni el art. 13 CE cuáles son exactamente los derechos de los ciudadanos extranjeros. Así pues, ¿resultaría justificada (políticamente) una regulación que, por ejemplo, estableciese una pena de privación de la nacionalidad para toda persona nacionalizada (sin contradecir, pues, lo dispuesto en el art. 11.2, CE) que fuera condenada por cualquier suerte de infracción penal? ¿Y lo sería una regulación que, por ejemplo, estableciese una legislación penal separada y significativamente diferente para ciertas categorías de ciudadanos extranjeros (por ejemplo: extranjeros sin permiso de residencia), si la misma no resultase manifiestamente discriminatoria (y, por consiguiente no violase necesariamente el principio de igualdad ante la ley)? De nuevo, es claro que las bases del sistema político habrían variado, aun cuando no se infringiese ninguna norma constitucional. ¿Puede esto justificarse (políticamente)?

Separación entre esfera pública y esfera privada: Aun cuando la Constitución española marca algunos límites entre la una y la otra, es claro que no todos están explícitamente constitucionalizados. Así, por ejemplo, el alcance del derecho a la privacidad de los ciudadanos, frente al poder de los medios de comunicación, no lo está. En tal caso, ¿qué ocurriría con una regulación de los delitos contra la intimidad que incrementase muy significativamente el nivel de protección a la intimidad y a la propia imagen, en detrimento del actual *statu quo*, en el que los medios de comunicación tienen de hecho reconocida la facultad de informar sobre cualquier actividad familiar o profesional de cualquier ciudadano o ciudadana? ¿Qué ocurriría si los delitos contra la intimidad prohibieran, bajo amenaza de pena, informar sobre todo lo que no

⁴ Salvo en virtud de una muy sesgada interpretación —que yo no comparto— del principio de igualdad ante la ley reconocido en el art. 14, CE. Pero no, desde luego, mediante una interpretación austera del mismo.

sean intervenciones en espacios abiertos o en locales abiertos al público, o de interés público evidente? Es evidente que cambiaría completamente el reparto de esferas, aun cuando, en mi opinión, es hartamente dudoso que fuese inconstitucional. Pero, ¿estaría tal regulación jurídico-penal justificada, desde el punto de vista político?

Reparto del poder político: Las competencias que le corresponden al Poder Judicial, en la Constitución española, están reguladas únicamente por lo dispuesto en los arts. 117.3 y 117.4, CE. No obstante, a tenor de este último precepto, las leyes pueden atribuirle competencias adicionales “en garantía de cualquier derecho”, sin especificar. ¿Podría, entonces, considerarse justificada una regulación del delito de usurpación de atribuciones (en concreto, del actualmente tipificado en el art. 508.1, CP) que, por ejemplo, excluyese del ámbito de aplicación del mismo todas aquellas resoluciones que sean —por disposición legal expresa— competencia de los jueces y tribunales y que, sin embargo, no tengan naturaleza propiamente jurisdiccional? Entiendo que podría sostenerse que una regulación de tal índole no resulta flagrantemente contraria a ninguna disposición constitucional. Sin embargo, es obvio que alteran el reparto del poder político. ¿Podría considerarse políticamente justificada una regulación así?

Criterios esenciales para la resolución de los conflictos sociales: Las únicas disposiciones constitucionales que limitan expresamente el recurso a la violencia y a la coacción para resolver conflictos sociales son las que definen el contenido de algunos derechos fundamentales: en concreto, los reconocidos en los arts. 15, 17, 19, 21, 25 y 28.2 CE, así como las garantías introducidas en favor de los mismos por los arts. 53 y 55, CE. Así pues, cualquier acción coactiva o violenta que no afecte al contenido esencial de estos derechos debe ser considerada, en principio, conforme a la Constitución (dado que el contenido del art. 104 CE deja completamente fuera de la Constitución los “principios básicos de actuación” de las fuerzas de seguridad).⁵ Y, entonces, ¿debería considerarse justificada, desde el punto de vista político, una regulación de los delitos de desórdenes públicos que, por ejemplo, tipificase como tal la conducta de pasear

por las aceras de las calles en grupos de más de cinco personas, pidiendo dinero a los viandantes? Dudo mucho de que tal regulación resultase flagrantemente inconstitucional. Pero es claro que alteraría significativamente la forma en la que el Estado interviene en un conflicto social (aquí, en torno a la mendicidad y al uso de los espacios públicos), en relación con la que, hoy por hoy, estamos acostumbrados a esperar.

2.5. Sobre la estructura de la argumentación acerca de la justificación moral de las prohibiciones jurídicas

Regla 26^a: Las normas jurídico-penales son normas prohibitivas (y sancionadoras). Por ello, porque las características de contenido prescriptivo no son específicas, sino comunes a todo el Derecho prohibitivo, la mayor parte de las consideraciones que aquí se realizarán en relación con la justificación del Derecho Penal serían también de utilidad para discutir acerca de la justificación del resto del Derecho prohibitivo. De hecho, sería deseable que para todo él se empleasen criterios de justificación (no idénticos, pero sí) similares.

Regla 27^a: Las normas prohibitivas completas han de contener en realidad cinco prescripciones distintas e independientes: *a*) una prohibición de acción; *b*) una prescripción (o conjunto de ellas) relativa a las condiciones (de imputación) en las que se entiende infringida la prohibición (por una acción dada); *c*) un mandato de sanción; *d*) una prescripción (o conjunto de ellas) relativa al procedimiento para imponer la sanción; y *e*) una norma (o conjunto de ellas) que atribuya competencia a algún órgano u órganos para aplicar las normas procesales y, a través de ellas, imponer, en su caso, la sanción. Aquí nos concentraremos en la primera de dichas prescripciones, la que prohíbe una determinada clase de acciones.

Regla 28^a: Cuando se pretende discutir acerca de la justificación moral de las prohibiciones jurídicas, la primera pregunta que surge es la de por qué debe justificarse que el Estado interfiera en la libertad individual intentando introducir, en el proceso de motivación del individuo, motivos derivados de las razones para la acción que la prohibición aporta al ra-

⁵ Y, además, porque —como veremos— hay que considerar que las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad entre afectación al bien jurídico y afectación a los derechos humanos (o a los derechos fundamentales) no constituyen, en toda su extensión, exigencias para la constitucionalidad de las leyes.

zonamiento práctico de aquél (razones que, además, pretenden ser perentorias). A este pregunta cabe dar, en principio, tres respuestas diferentes: *a*) la respuesta anarquista, a tenor de la cual el Estado nunca posee justificadamente dicha facultad de interferir; *b*) la respuesta del moralismo de la acción, a tenor de la cual el Estado puede interferir únicamente para evitar — mediante prohibiciones- acciones moralmente malas; y *c*) la respuesta del consecuencialismo, según la cual el Estado puede interferir (no en razón de la inmoralidad intrínseca de la acción que se pretende prohibir, sino) acciones cuyas consecuencias previsibles resulten moralmente indeseables.

Regla 29^a: Los pensamientos políticos y jurídicos modernos han optado abiertamente por la tercera de las alternativas de argumentación, la del consecuencialismo. Sin embargo, lo cierto es que, en su versión estándar, dicha teoría consecuencialista de la justificación de las prohibiciones jurídicas no es tan sólida como suele darse por supuesto, pues se apoya en peticiones de principio carentes de fundamentación bastante. En concreto, no puede darse por buena la suposición de que la justificación consecuencialista resulte particularmente autoevidente (y, debido a ello, intersubjetivamente más aceptable). Pues, en todo caso, también la deseabilidad o ausencia de deseabilidad moral de los estados de cosas a los que las acciones (que se pretenden prohibir) previsiblemente van a dar lugar es algo que ha de ser sometido a discusión moral, sobre la base de una teoría moral sustantiva que enmarque racionalmente dicha discusión. Lo contrario sería presuponer una suerte de metaética intuicionista (en el ámbito, al menos, del discurso acerca de la justificación de las normas jurídicas prohibitivas), que parece hartamente difícil defender en serio. Y, si esto es así, entonces también los razonamientos morales de índole consecuencialista exigirán la construcción de un discurso moral completo y fundamentado.

Esta crítica filosófica del intuicionismo moral empirista se comprende fácilmente al hilo de ejemplos bien sencillos. Desde luego, parece claro que no funciona bien la teoría para el caso de los estados de cosas sensorialmente perceptibles pero necesitados de interpretación: ¿resulta moralmente disvaliosa la difusión de ciertas informaciones acerca de la vida sexual de un individuo? Es obvio que dependerá de qué individuo se trate, en qué medio social viva y qué connotaciones pragmáticas posean las afirmaciones realizadas (no es lo mismo un sacerdote católico

que un actor de películas pornográficas). Es decir, de cómo sea conceptualizada la información e integrada en un imaginario más complejo (que, evidentemente, será diferente dependiendo de personas y de grupos).

Pero es que tampoco funciona adecuadamente en el caso de los estados de cosas puramente físicos: ¿cómo debería valorarse, por ejemplo, las graves heridas sufridas por una persona a consecuencia de los golpes recibidos por parte de un tercero, que la hacen sufrir considerablemente? Un intuicionismo empirista coherente debería responder: “es evidente que la persona está sufriendo, cualquier persona normal simpatiza con alguien que sufre y, por consiguiente, es evidente que lo que causa sufrimiento es moralmente malo; luego, las heridas que ha sufrido esa persona constituyen un estado de cosas moralmente disvalioso”. Sin embargo, parece obvio que tal razonamiento no resulta correcto desde el punto de vista moral: puede que las lesiones sean consentidas, puede que se trate de un castigo moralmente justificado, puede que se trate de un tratamiento médico para evitar un mal mayor. En todo caso, aunque fuese posible acceder siempre y en todo momento a toda la información fáctica relevante, seguiría resultando insegura la inserción de tal información en el razonamiento moral, ya que —contra la pretensión intuicionista— no todas las sensibilidades estéticas ni morales son idénticas ni parecidas en muchos aspectos. aunque sí lo sean en otros: hay quien disfruta viendo sufrir a otros (al menos, a algunas clases de personas: extranjeros, enemigos, etc.), hay quienes no soportan ninguna clase de sufrimiento aunque parezca justificado, etcétera.

Regla 30^a: De este modo, la preferencia moderna en favor de justificaciones de las prohibiciones jurídicas que se apoyen en bases preferentemente consecuencialistas no obedece a ninguna razón moral seria. No existe, pues, ninguna razón por la que sea necesario preferir una justificación de corte consecuencialista a otras formas de justificación moral sino a razones históricas: a que, de hecho, en el proceso de constitución de los discursos políticos de la modernidad, el consecuencialismo operó como punto de encuentro de opiniones morales y políticas distintas y distantes; a que sirvió como marco discursivo percibido como “neutro”, en el que concepciones morales y de la justificación radicalmente distintas en cuanto a sus presupuestos y a su visión global de lo bueno eran, pese a todo, capaces de comunicarse, y a veces hasta el punto de alcanzar consensos parciales o provisio-

nales. Es ésta ciertamente una razón débil en favor de una justificación moral de corte consecuencialista. Pero no despreciable: hay hondas razones pragmáticas en contra de distanciarnos de lo que constituye la opinión comúnmente mantenida, entre juristas y no juristas, sobre cómo (de manera consecuencialista) argumentar en relación con la justificación moral de las normas jurídicas prohibitivas.

Veámoslo en un ejemplo: la doctrina moral católica acerca de la interrupción voluntaria del embarazo depende de presupuestos tan estrechamente vinculados a la doctrina de su religión (dios como creador, la vida como donación divina, el sentido de la existencia humana, la implantación del alma en el cuerpo en el momento de la concepción) que, en nuestros días en los que, obviamente, ya no estamos en el Medioevo y la cosmovisión cristiana ha sido abandonada, en buena medida, por la mayoría de los individuos y grupos sociales, raramente puede ser compartida por quien no acepte todos esos presupuestos. Por el contrario, aquí y ahora, un argumento —también contrario a la despenalización del aborto consentido— que adujese, por ejemplo, que la interrupción voluntaria del embarazo causa un daño irreparable a la familia y a la pareja en las que el mismo tiene lugar, corrompiéndolos, haciendo la convivencia inestable, perjudicando al resto de los hijos, etc., resultaría ser un argumento mucho más convincente para la mayoría de la población no católica.

Regla 31^a: A la hora de argumentar acerca de la justificación moral de las prohibiciones jurídicas, constituye un error grave pretender basar directamente dicha justificación en algún hecho. Existe, en efecto, una falacia notoria en realizar inferencias de deber-ser a partir de proposiciones descriptivas de hechos.

Regla 32^a: Así, no constituye ningún argumento relevante a favor (ni en contra) de que una determinada prohibición jurídica esté moralmente justificada el hecho de que su contenido prescriptivo resulte de algún modo “congruente” con la estructura social; o el hecho de que dicho contenido prescriptivo cumpla, de hecho, una determinada función dentro de dicha estructura. Es por ello por lo que la teoría política-criminal funcionalista (que existe, aunque generalmente se disfraza de discurso meramente descriptivo) y, en general, las teorías sociologistas (“es evidente que *Ox* debe ser protegido (a través de prohibiciones jurídicas), puesto que *Ox* es un componente esencial de nuestra vida social”) carecen de fundamento sufi-

ciente: porque no aportan argumentos relevantes para la cuestión central de la justificación moral que deberían contribuir a resolver.

En efecto, si, por ejemplo, afirmamos que “la pacífica posesión de aquellos bienes de consumo adquiridos por medios legales constituye un componente esencial de nuestra vida social”, estamos presuponiendo (implícitamente) dos cosas: primero, que lo relevante en la descripción de nuestra sociedad es la posesión de bienes (y no, por ejemplo, que haya personas que, debido a su pobreza, no pueden acceder a los mínimos para una existencia digna); y segundo, que dicha posesión es importante (¿para qué, para quién?), sin explicitar a qué fines la misma debería servir.

Regla 33^a: Del mismo modo, tampoco aporta argumentos relevantes acerca de la justificación moral de una prohibición jurídica el hecho de que el contenido prescriptivo de la misma resulte de algún modo “congruente” con el de una norma de rango superior, constitucional, conforme al siguiente esquema argumentativo:

$$\frac{\{a_1, a_2, \dots, a_n\} \text{ justifican } d_x}{dx \text{ justifica } p_x}$$

$$\{a_1, a_2, \dots, a_n\} \text{ justifican } p_x$$

(Notación: *a* = argumento (moral); *d* = disposición constitucional; *p* = prohibición jurídica)

Y ello porque contra lo que las teorías constitucionalistas del bien jurídico suponen, no existe ninguna forma obvia de deducir el primer contenido prescriptivo directamente a partir del segundo: esto es, de deducirlo sin hacer algo que ya no es (mera) interpretación de la constitución, sino algo más, una elección libre (por razones, morales y/o políticas, ajenas al tenor literal de la norma constitucional misma) de una de las alternativas de acción política (y de configuración del contenido prescriptivo de la ley) que resultan compatibles con el contenido prescriptivo de rango constitucional. Y porque, además, aun cuando fuese posible realizar tal inferencia desde la constitución hasta la norma prohibitiva, la justificación moral de la primera norma no podría aplicarse, sin más, a la segunda, ya que esta última ha de suscitar problemas morales propios e independientes.

Hay casos en los que tal relación de justificación entre norma constitucional y norma prohibitiva no es problemática: si, por ejemplo, una norma constitucio-

nal establece que “la ley prohibirá que los empresarios realicen cualquier conducta discriminatoria por razón de género en el empleo o en las condiciones laborales” y, luego, se convierte en infracción la conducta de “el empresario que discrimine en el empleo o en las condiciones laborales a alguno de sus trabajadores o trabajadoras por razón de su género”, podemos decir que, al menos en principio, los argumentos morales que justifican la norma constitucional valen también para justificar la norma penal. Obsérvese, no obstante, que esta inferencia sólo es posible en este caso, extremo: cuando la norma constitucional en realidad posee ya por sí misma la naturaleza de norma prohibitiva, limitándose luego el Derecho infraconstitucional a repetir la prohibición, tipificándola y añadiéndole la sanción correspondiente. Pero no en otro caso. Es decir, ni siquiera puede hacerse en la totalidad de los mandatos constitucionales de incriminación, pues en la mayoría de ellos la norma constitucional en cuestión se limita a establecer de forma muy general algunos de los contenidos que deberían estar incluidos en la prohibición infraconstitucional pero no los fija todos ellos. Pues, cuando ello es así, no es evidente que la justificación moral de la norma constitucional se pueda extender sin más a la prohibición jurídica infraconstitucional.

Así, probemos a modificar ligeramente, en el ejemplo anterior, el tenor literal de la norma constitucional que contiene el mandato de incriminación: “la ley prohibirá que los empresarios realicen cualquier conducta discriminatoria por razón de género”. Con un mandato constitucional de incriminación de tal tenor, no es evidente, por ejemplo, si está o no suficientemente justificado incriminar como infracciones tanto las discriminaciones relativas a las condiciones del trabajador o trabajadora una vez contratados como los criterios de selección de personal. Podría aducirse que sí, ya que ambas formas de discriminación afectan a las trabajadoras (activas o potenciales) de modo semejante. Pero también podría argumentarse, por el contrario, que la discriminación en el marco del cumplimiento del contrato de trabajo son más graves, por lo que está más justificado convertirlas en infracciones. En todo caso, la cuestión que aquí nos interesa es que, con una norma constitucional de un tenor más vago en cuanto a sus implicaciones normativas, la cuestión se vuelve de imposible decisión si partimos únicamente de los argumentos morales que justifican a ésta.

Y si ello ocurre en el caso más favorable, aquél en el que existe una mayor coincidencia en cuanto a los contenidos entre la norma constitucional y la norma prohibitiva infraconstitucional, entonces no cabe esperar otra cosa para el resto de los supuestos, en los que la norma constitucional no contiene ninguna referencia expresa al contenido de la norma prohibitiva, sino que la misma ha de ser justificada, desde el punto de vista jurídico (de su constitucionalidad), en —en el mejor de los casos— la protección de un derecho fundamental o de una institución constitucionalmente reconocida. Veámoslo al hilo del ejemplo de la intimidad. A la hora de discutir si lo dispuesto en el art. 18.1 CE está o no moralmente justificado, lo que tenemos que debatir son principalmente dos cosas. Primero, si es o no moralmente valioso que las personas posean ámbitos de acción en los que puedan actuar con plena libertad y sin interferencias ajenas de ningún tipo. Y si esto ocurre hay que reflexionar acerca de los costes de tales acciones —libres y sin interferencia alguna— para intereses de terceros: para otros individuos el sujeto actuante puede, en el ámbito de su privacidad, llevar a cabo actos perjudiciales para terceros: contratar a prostitutas que no obran de forma plenamente voluntaria, humillar a la propia pareja, etc.), para grupos (las empresas periodísticas tienen que limitar sus actividades, para preservar la intimidad ajena), para la colectividad (en la intimidad se pueden realizar acciones socialmente perniciosas: no reciclar la basura adecuadamente, consumir más electricidad de lo razonable, contemplar pornografía infantil, etc.), para el Estado (el individuo puede aprovechar su ámbito de privacidad para preparar actos de subversión política). Y determinar qué reparto de costes (y de beneficios resulta razonable), entre el sujeto actuante y dichos terceros.

Por su parte, para justificar moralmente la prohibición penal que se deriva de la tipificación del art. 197.1 CP, lo que hay que considerar (en el supuesto de que se entienda que la intimidad constituye algo moralmente valioso y que el apoderamiento de documentos, interceptación de comunicaciones, etc. afectan a la intimidad) es si es o no moralmente satisfactorio que el Estado intervenga, en la protección de la intimidad, restringiendo la libertad de los individuos: aquí, de grabar las imágenes, sonidos o comunicaciones que estimen oportuno, sin limitación alguna. O si, por el contrario, resulta preferible no dotar de tal poder al Estado y buscar la protección de la intimidad por otros medios (por ejemplo, mediante acuerdos de

respeto mutuo entre individuos y grupos, o a través de sanciones sociales, no jurídicas).

Regla 34^a: Con el fin de aumentar lo más posible el grado de racionalidad de la discusión, resulta conveniente emplear un lenguaje unificado desde el punto de vista ontológico (evitando que la proliferación innecesaria de entes en el discurso impida las comparaciones). Y, además, conviene que dicho lenguaje sea lo más reduccionista posible: esto es, que reduzca, en la medida de lo posible, los diferentes conceptos usualmente empleados (derechos, valores, normas, bienes, funciones) a alguno o algunos que resulten fácilmente describibles a través del lenguaje de la ciencia. Pues, en efecto, si resulta posible describir los objetos a proteger a través de las prohibiciones jurídicas mediante un lenguaje descriptivo, podremos racionalizar entonces también al máximo los argumentos morales, sobre por qué o por qué no tales objetos merecen protección. Y, además, seremos más capaces de determinar cuándo un objeto jurídicamente protegido ha sido o no lesionado, o puesto en peligro.

Así, por ejemplo, parece claro que resulta mucho más fácil intentar constatar empíricamente la existencia de lesividad para el objeto protegido si éste es un ente material (el cuerpo de un individuo) que si es una función social (el rol social que cumple el individuo y su cuerpo en la producción de objetos): tenemos mejores métodos científicos para comprobar la destrucción o deterioro del primero que la perturbación de la segunda. Y, en cualquier caso, sea el uno o la otra, nos importa saber que lo es, para saber qué método hemos de aplicar: ¿el de la Física (ente material) o el de la Sociología (función social)?

Regla 35^a: Con esta finalidad, debemos intentar expresar el debate acerca de la justificación moral de los bienes jurídicos por referencia estados de cosas (valiosos). Más exactamente: de la (preservación de la) incolumidad de estados de cosas valiosos. Un estado de cosas es una determinada situación en la que, en el curso del tiempo, se halla un determinado objeto. La propuesta metodológica es que la discusión sobre la justificación moral de bienes jurídicos sea traducida al lenguaje de los estados de cosas. Y que todas las otras distintas formas de expresar la naturaleza ontológica de los objetos jurídicamente protegidos sean traducidas a dicho lenguaje, y abandonadas luego (por excesivamente confusas).

Los delitos de lesiones, por ejemplo, no pretenden proteger la existencia (menos aún la aparición) del

cuerpo humano: pretenden proteger la incolumidad del mismo, una vez existente. Tampoco pretenden tales delitos lograr que “Juan crezca”. En todo caso, pretenden, al contrario, que no haya ningún evento (acción humana) que impida que Juan crezca (porque alguien le mate, o le administre una hormona que impida el crecimiento).

Desde luego, es posible describir la condición (estado de cosas) de, por ejemplo, estar vivo con diferentes niveles de abstracción: el valor de la vida, el derecho a la vida, la vida como concepto cultural, la norma social que prohíbe quitar la vida arbitrariamente, la función social que cumple el respeto a la vida humana. Sin embargo, la manera más simple e inteligible de hacerlo es, precisamente, describirla como un estado de cosas: un estado de cosas que, en este supuesto, viene definido conforme a las leyes de la Biología, que es la que —en último extremo— establece qué hechos pueden ser denominados con propiedad “estar vivo”. Cualquier otra forma de descripción, sin ser incorrecta, añade ya marcas semánticas y connotaciones (culturales, morales, etc.) que complican la descripción del hecho y la vuelven más difícil de referir a datos empíricamente perceptibles.

Regla 36^a: Aun es posible concretar más el contenido ontológico de los estados de cosas que pueden ser objeto de protección jurídica, a través de prohibiciones: en todo ellos hay al menos una parte (y, normalmente, tan sólo una parte) que ha sido causado por eventos que son acciones humanas. De este modo, los estados de cosas que pueden ser protegidos mediante prohibiciones jurídicas pueden ser interpretados también (en parte, pero muy relevantemente) como patrones de interacción entre sujetos. Lo que, en definitiva, pueden o no proteger las prohibiciones jurídicas (la protección cuya deseabilidad desde el punto de vista moral debe ser discutida) son determinados patrones de interacción social, entre individuos y/o grupos.

2.6. Sobre la teoría moral de la que se parte

Regla 37^a: No es posible elaborar una teoría moral que tenga necesariamente fuerza vinculante para cualquier sujeto (racional). Por el contrario, aunque, obviamente, toda teoría moral es enunciada con pretensiones de validez y aceptabilidad intersubjetiva, sin embargo, puesto que es enunciada siempre desde un determinado lugar (esto es, a partir de determinados presupuestos, sociohistóricos, culturales y exis-

tenciales), no es posible garantizar en ningún caso ni dicha validez ni dicha aceptabilidad. De manera que justificar moralmente (aquí, una norma jurídica) es, siempre, adoptar una determinada posición de entre todas las posibles sobre cómo y por qué la norma en cuestión está moralmente justificada. No existe, pues, una moral crítica sino muchas; algunas, inconmensurables entre sí. Por ello, resulta particularmente importante que el hablante identifique con claridad sus puntos de partida morales para favorecer la racionalidad de la discusión, y la posibilidad de la crítica.

Regla 38ª: Por razones que no pueden ser explicadas aquí con detalle, la posición moral que considero preferible, a la hora de entablar una discusión acerca de la justificación moral de las prohibiciones jurídicas, es una que se apoya sobre los siguientes principios: principio de individualismo (los entes individuales son los únicos que merecen valoración moral), principio de libertad negativa (es digna de valoración moral la protección de las posibilidades de acción de los sujetos morales, frente a eventuales interferencias de terceros), principio de materialismo (sólo los entes materiales merecen valoración moral), principio de autonomía (es digna de valoración moral la libertad de decisión de los sujetos morales, frente a condicionantes, tanto internos como externos), principio del “súper-hombre” (en tanto que potencialidad, el sujeto moral puede explorar todas las posibilidades y construir, a partir de ellas, su propia escala de valores), principio hedonista (la existencia del sujeto moral ha de ser concebida como construcción, como obra de arte, como autoproducción, en condiciones de autonomía, inspirada por un *ethos* del desinterés, un *ethos*, crítico, que (auto) impone en nosotros un compromiso con la liberación suficiente para buscar aquello que merece ser buscado, y nada más), principio de emocionalidad (no sólo las facetas más crudamente materiales de la existencia, individual y social, son dignas de valoración moral, sino también las repercusiones emocionales de dicha existencia), principio de cooperación (la acción conjunta es digna, en sí misma, de valoración moral), principio de igualdad moral (todos los sujetos morales son, en principio, merecedores de idéntica valoración moral), principio de reconocimiento (todos los sujetos morales deben poder ostentar, de forma libre y equitativa, cualquier rol en la interacción social, sin ningún género de exclusión), principio de respeto (cualquier actitud moral ha de ser, en principio, considerada susceptible de

valoración moral, empleando unos criterios morales uniformes y consistentes para todas ellas), principio de violencia mínima (la interacción social debe llevarse a cabo empleando la mínima violencia necesaria para asegurar la consecución de sus objetivos), principio de libertad material (la libertad, la autonomía y el reconocimiento exigen la atribución de todos los medios materiales que sean necesarios para que las mismas sean efectivamente accesibles, por igual, a todos los sujetos morales), principio del cuidado (la conservación y mejora de todos los entes valiosos constituye también algo digno de valoración moral), principio de prudencia (en la formulación, a partir de los principios reguladores anteriores, de los contenidos concretos de la moralidad, debe perseguirse un equilibrio, racional, entre los mismos).

Regla 39ª: A la hora de entablar una discusión acerca de la justificación moral de las prohibiciones jurídicas, es preciso tomar posición en relación con algunas cuestiones centrales de la teoría de la justicia (aquella parte de la ética normativa que tiene por objeto la valoración moral de las interacciones y de la estructura sociales) y de la filosofía política (aquella parte de la ética normativa que pretende establecer reglas para acotar el espacio para la acción del poder político). En este sentido, la posición que yo considero preferible (y que, nuevamente, no fundamentaré) es una concepción del papel del Estado que combine adecuadamente perfeccionismo moderado, republicanismo (moderno), cosmopolitismo, derechos humanos, interculturalidad (leída a través de la *queer theory*) y el pensamiento de la ecología política.

2.7. Sobre la relación entre las prohibiciones jurídicas y la esfera privada

Regla 40ª: Contra lo que muchas veces se piensa, la cuestión de la delimitación de la esfera privada (frente a la cual resultaría siempre moralmente injustificable la interferencia estatal) no puede ser resuelta mediante el recurso a la Sociología o a la Historia. No existen, pues, “derechos naturales” (moralmente justificables), que hayan de ser respetados obligatoriamente por la acción estatal. Por el contrario, la cuestión de en qué casos puede el Estado legítimamente interferir y en cuáles no es algo que depende de la previa discusión moral.

Regla 41ª: El punto de partida para establecer cuál es el alcance de la esfera privada no puede ser la neu-

tralidad estatal. Antes al contrario, cualquier ámbito de la interacción social, aun los más íntimos, están condicionados por la relaciones de poder y por la distribución de recursos. De manera que no es posible excluir ninguna interacción social de las valoraciones acerca de la justicia; y, por consiguiente, tampoco del juicio si el Estado debería o no interferir en la misma (para asegurar, dentro de los límites de sus facultades legítimas, dicha justicia).

Regla 42ª: En principio, pues, el Estado puede estar legitimado para interferir, a través de prohibiciones jurídicas, en todo género de interacciones, aun las más íntimas, siempre que se trate de proteger y de promover con ello la autonomía de los sujetos, así como su igualdad.

Regla 43ª: No obstante lo anterior, la facultad del Estado para interferir en interacciones sociales íntimas debe estar limitada por las implicaciones derivadas del principio de proporcionalidad. Ya que, en efecto, la interferencia estatal, a través de la prohibición jurídica, debería ser siempre necesaria, subsidiaria y proporcionada (y no contraproducente para la autonomía de los individuos afectados).

Retomo un ejemplo anterior, invirtiéndolo: aun cuando la Constitución española marca algunos límites entre la esfera pública y la esfera privada, es claro que no todos están explícitamente constitucionalizados. Así, por ejemplo, el alcance del derecho a la privacidad de los ciudadanos, frente al poder de los medios de comunicación, no lo está. En tal caso, ¿qué ocurriría con una regulación de los delitos contra la intimidad que redujese muy significativamente el nivel de protección a la intimidad y de la propia imagen, obligando a determinadas categorías de ciudadanos, que ocupan posiciones que en principio son privadas, pero que producen efectos socialmente trascendentes (empresarios, profesionales, etc.) a hacer perfectamente accesible toda la información relativa a sus actividades? ¿Qué ocurriría si, para ello, se crease un delito de ocultación de información que prohibiera, bajo amenaza de pena, no publicar determinada información relativa al estado patrimonial y actividad, tanto externa como interna, de las empresas privadas y despachos profesionales? Es evidente que cambiaría completamente el reparto de esferas, aun cuando, en mi opinión, es harto dudoso que fuese inconstitucional. Pero, ¿estaría tal regulación jurídico-penal justificada?

Ahora ya sabemos que, en realidad, la pregunta debe ser formulada en términos más precisos: ¿re-

sultaría proporcionada tal regulación, por lo que hace a la afectación a la privacidad? Y la respuesta ha de ser, en mi opinión, que sí: sí, porque el fin perseguido (proteger a la ciudadanía frente a los abusos de los agentes privados muy poderosos) puede ser justificado desde el punto de vista moral; y porque, además, ello resultaría proporcionado siempre que se salvaguardasen suficientemente (además del derecho constitucional a la intimidad) algunos espacios de privacidad de las empresas, imprescindibles para su funcionamiento (por ejemplo, el secreto acerca del *know-how*). Pero sólo ellos. Así pues, ponderando el contenido concreto de la hipotética regulación del delito de ocultación de información, podría llegarse a la conclusión de que, en términos instrumentales, tal regulación resulta proporcionada, y justificable, por lo menos en lo relativo a la prohibición (la proporcionalidad de la sanción debería ser objeto de un juicio de ponderación específico).

Obsérvese, por lo demás, que no se está haciendo la afirmación inversa: que sólo una regulación como la descrita resulte justificable. Pues, de hecho, casi siempre hay diversas alternativas de acción estatal para lograr un mismo objetivo. De manera que, para poder hablar de proporcionalidad, habría que demostrar que la alternativa legislativa adoptada era la menos lesiva de la privacidad, de entre las posibles y eficaces.

2.8. Sobre el principio del daño

Regla 44ª: Afirmar que algo “es/debe ser considerado un bien jurídico” no resulta en ningún caso suficiente, en tanto que justificación moral de una prohibición jurídica. Es preciso, por el contrario, determinar primero con precisión el contenido ontológico de aquello que se considera bien jurídico. Y, segundo, argumentar de manera completa por qué está justificado moralmente protegerlo.

Regla 45ª: De acuerdo con la teoría de la justicia y la filosofía política más arriba expuestas (y que son más convincentes), el Estado puede estar legitimado para proteger: *a)* la libertad y autonomía de los individuos y grupos; *b)* el libre desarrollo de la personalidad y de la existencia; *c)* la integridad física y mental; *d)* la comunicación intercultural; *e)* el acceso universal e igualitario a la interacción social; y *f)* la preservación del entorno material necesario para la vida. Y ninguna otra cosa. (No coincide, pues, la definición de compe-

tencias estatales legítimas aquí propuesta con la teoría liberal, mucho más restrictiva.)

Así, desde el punto de vista moral aquí adoptado, no cabría proteger, por ejemplo, la superioridad de una etnia sobre otra (en atención, cuando menos, a los principios de igualdad moral, de reconocimiento y de respeto). Ni tampoco la creencia en la existencia de (un) dios (en atención al principio de materialismo).

De este modo, por ejemplo, el desarrollo de determinadas habilidades artísticas, eróticas, deportivas, etc. de los individuos no debería ser objeto de protección jurídica. Sí, por supuesto, la libertad, formal y material, para poder desarrollarlas, así como el desarrollo de la autonomía necesaria para poder decidir adecuadamente si se quiere o no hacerlo.

Regla 46^a: Dado lo gravosos que son los efectos de esa peculiar técnica de gobernanza que es la prohibición jurídica, por razones de proporcionalidad, la misma sólo parece razonable que sea utilizada para intentar evitar los males más graves que puedan amenazar a los estados de cosas valiosos acabados de referir. Y no, en cambio, a cualquier mal. Tal es el sentido de los conceptos de daño y de conducta dañosa: distinguir, de entre todas las acciones que menoscaban la incolumidad de los estados de cosas valiosos que el Estado está legitimado para proteger (libertad y autonomía de los individuos y grupos, libre desarrollo de la personalidad y de la existencia, etc.), aquellas que, desde el punto de vista moral (consecuencialista, como vimos), son más graves, peores. Hay, pues, también acciones que afectan a dicha incolumidad (que son, pues, inmorales), que el Estado está legitimado para intentar impedir, pero que, no obstante, a la vista de su menor gravedad, no pueden ser consideradas como (suficientemente) dañosas, por lo que el recurso a la técnica de la prohibición jurídica para lograrlo no está justificada moralmente.

Así, si afirmamos, por ejemplo, que amenazar a una persona es una conducta dañosa (mientras que, por ejemplo, presionarle para que tome una determinada decisión, sin llegar a amenazarle, no lo es), porque pone en peligro un patrón de interacción social adecuado (con un grado reducido de violencia), ello obedece —entre otras cosas— a que presuponemos que la conducta de amenazar es en muy buena medida responsable de que el patrón de comportamiento en cuestión pueda verse alterado. En otro caso, si no lo diésemos por supuesto, nunca la llamaríamos propiamente dañosa.

Regla 47^a: A la hora de concretar el concepto de acción dañosa, la misma puede ser definida (estipulativamente: en virtud de la existencia de razones morales que justifican su prohibición) como aquella acción que afecta a la incolumidad de un estado de cosas moralmente valioso (de entre aquellos que el Estado está en principio legitimado para proteger) y que posee, además, la característica diferencial de alterar de modo estable el patrón de interacción social del(os) sujeto(s) afectado(s), debido a que afecta a su cuerpo (interfiriendo en su libertad negativa), a su disponibilidad de recursos y/o a su capital social, hasta un punto que vuelve racional que dichos sujetos alteren su patrón de interacción en los supuestos afectados (degradándose, así, según el caso, su libertad negativa, su autonomía, su capacidad para el libre desarrollo de su personalidad, para la comunicación social, para el acceso a recursos, etc.).

Un agente que tiene que adoptar una decisión empresarial y se ve expuesto a la conducta de coacción física directa de un tercero, si es racional, alterará su proceso de toma de decisiones, con el fin de eludir el riesgo de convertirse en víctima de la violencia. Por ello, la conducta de coacción física es siempre dañosa (en mayor o menor medida, puesto que, desde luego, puede haber diferentes grados de lesividad).

El mismo directivo empresarial del ejemplo anterior actuará también racionalmente si, a la vista de las notables pérdidas patrimoniales ocasionadas por la actuación de un tercero, se adapta a la nueva situación y cambia por completo su estrategia empresarial. Habrá cambiado, pues, su patrón de interacción: habrá habido daño.

Siguiendo con el mismo ejemplo, es posible provocar una alteración de la forma de actuación empresarial (de interacción de la empresa con terceros) también alterando su capital social, hablo aquí en sentido sociológico, no jurídico-mercantil: si, por ejemplo, los consumidores, los inversores, los clientes, empiezan a dejar de confiar en la solvencia de la empresa, a causa de comportamientos de terceros sujetos (injurias, difusión de noticias falsas, etc.), permaneciendo todo lo demás —estado corporal del directivo y recursos materiales de la empresa—, sus posibilidades efectivas de interacción social se habrán modificado significativamente, por lo que el directivo racional adoptará nuevas e inéditas decisiones, para adaptarse a la nueva situación: cancelará ciertos contratos o negociaciones, reducirá sus pre-

cios, etc. Es decir, se habrá producido un cambio en el patrón de interacción social del agente: se habrá producido un daño.

En cambio, cuando un individuo en un contexto estrictamente privado, me insulta a la cara, o cuando manifiesta su desprecio racista hacia mí, o sus ideas completamente contrarias a la igualdad entre los seres humanos (o, si se quiere, para no hablar sólo de palabras, y referirnos a actuaciones que no pueden quedar cubiertas nunca por la libertad de expresión: cuando el individuo en cuestión rechaza mantener relaciones sexuales conmigo, llegar a un contrato o cenar en el mismo restaurante que yo, a causa de mi género, mi orientación sexual, mi etnia, etc.), todas estas actuaciones, que son también profundamente inmorales (no menos que las conductas dañosas), sin embargo, no merecen la calificación de acciones dañosas (sino de, en su caso, simplemente ofensivas, molestas, etc.). Y ello porque el agente racional, ante tales situaciones, no se ve obligado a alterar su patrón de interacción social: puesto que no puede existir una expectativa racionalmente fundada de poder mantener relaciones sexuales, contratar o cenar con quien se desea, sino que tal eventualidad resulta siempre altamente contingente, el individuo que busca relaciones sexuales, contratos o compañía lo ha de hacer —si actúa racionalmente— siempre con una actitud precavidamente prudente: no cuenta con ello, lo intenta y se expone al azar; y si, por las razones aquí expuestas o por cualquier otra, no logra su propósito, puede que soporte cierto sufrimiento psíquico (mayor o menor), y aun que extraiga algunas enseñanzas que modifiquen algo sus creencias y su forma de relacionarse con los demás. Pero, si el agente es racional, no deberá cambiar significativamente su patrón de interacción, sino a lo sumo en ciertos detalles: tal vez se vuelva más precavido, o menos atrevido, pero no debería serle necesario cambiar su completa forma de actuar.

2.9. Sobre las prohibiciones jurídicas paternalistas

Regla 48ª: En principio, el hecho de que el sujeto consienta —aun de manera plenamente voluntaria— en el daño que (sus patrones de interacción, en relación con) su libertad y autonomía, su integridad física y mental, etc., vayan a sufrir no es, por sí mismo, razón suficiente para que no esté justificada moralmente, *prima facie*, la prohibición jurídica de tales acciones dañosas. Pues, otra vez, una teoría republicana del

Derecho se separa en esto de forma significativa de la teoría liberal.

Así, por ejemplo, una norma prohibitiva que protege la higiene y la seguridad en el trabajo en contra de la voluntad de las partes del contrato laboral puede resultar perfectamente justificada desde el punto de vista moral, a pesar de constituir una obvia interferencia, paternalista, en la libertad de los agentes. Y no como una excepción casuística a la general libertad de contratación de las partes (así tendería a concebirla, y a examinarla críticamente, la teoría liberal), sino como un límite estricto: una norma que excluye completamente la libertad de contratación en ámbitos enteros de la actividad humana. Por ejemplo, podría imaginarse que quede excluido de la libre contratación el completo ámbito de la salud humana (de manera que se entendiese que cualquier actuación lesiva de terceros en dicho ámbito, aun plenamente consentida, resultaría dañosa, y podría justificar una prohibición y una sanción).

Regla 49ª: No obstante lo anterior, es preciso realizar luego un juicio de proporcionalidad, para valorar la medida en que la prohibición jurídica paternalista afecta al desarrollo de la autonomía de los individuos y grupos afectados. De manera que habrá muchas ocasiones en las que la prohibición jurídica paternalista, finalmente, no se justifique, por desproporcionada. Pero no siempre podemos encontrarnos, pues, con un elenco variado de supuestos, que hay que tratar de forma diferenciada:

1) La conducta de autolesión o de lesión consentida no causa daño (en sentido estricto) a nadie, aun cuando afecte a un estado de cosas valioso atinente a la situación del agente: un individuo asume voluntariamente el implicarse en la práctica de la prostitución a cambio de una retribución justa y unas condiciones laborales adecuadas. Se trata de una conducta que no ocasiona daños a terceros (en principio: habría que confirmarlo), pero tampoco al propio agente, ya que su posición en la interacción social no tiene por qué ser peor (de nuevo, habría que confirmarlo empíricamente). Por ello, tal conducta no podría ser prohibida de forma justificada. Tan sólo se justificarían, por lo tanto, actuaciones estatales no coercitivas: medidas educativas, promocionales, publicitarias, etc. 2) La conducta de autolesión o de lesión consentida no causa daño a terceros, pero sí al propio agente. En tal caso, habrá que distinguir según cuál sea la intensidad del daño. Si el mismo es muy intenso, entonces estaría

justificada la prohibición de la acción (aun afectando así a la autonomía del agente, además de a su libertad negativa). Tal sería el ejemplo, más arriba expuesto, en el que un ciudadano particular se implica en inversiones financieras extremadamente arriesgadas, poniendo en riesgo la mayor parte de su patrimonio en negocios para los que no está objetivamente capacitado. Como vimos, en esta hipótesis podría estar justificada la prohibición de dicha acción, por razones propiamente paternalistas. 3) En tercer lugar, puede ocurrir que la conducta de autolesión o de lesión consentida sea dañosa para el agente, pero sólo de un modo leve: el mismo ciudadano del ejemplo anterior participa en negocios con un bajo nivel de riesgo y con una exposición patrimonial muy limitada (por ejemplo: invierte en bonos del tesoro público pequeñas cantidades —proporcionalmente hablando— de sus ahorros). Dado que el perjuicio patrimonial que el individuo pueda sufrir, en condiciones normales, no alteraría radicalmente su posición social, el daño puede ser considerado menos intenso. Por lo que, entonces, debería darse preeminencia al valor de la autonomía, y no se justificaría la prohibición jurídica de la acción de autolesión. 4) Por fin, hay supuestos en los que, como hemos visto, la acción de autolesión o de lesión consentida implica en realidad también —aunque indirectamente— daño para terceros, debido a que la autolesión (o consentimiento en la lesión) contribuye a desestabilizar el patrón (moralmente valioso) de interacción social, lo que acaba por afectar a todos los actores sociales, no sólo al que realiza la acción en concreto valorada. Veámos antes un ejemplo de esto, en el trabajador que acepta condiciones extremadamente injustas, explotadoras, de trabajo, en perjuicio de la posición global de negociación de todos los trabajadores en el mercado de trabajo. En tal situación, nos hallamos en realidad ante un caso de daño a terceros, por lo que la actuación estatal no es propiamente una por razones paternalistas. Debido a ello, el valor de la autonomía ha de ceder siempre, por lo que la prohibición de la acción de autolesión resulta siempre —en principio— justificada.

2.10. Sobre prohibiciones jurídicas de omisiones y mandatos de mejora

Regla 50ª: No todas las prohibiciones jurídicas de omisiones se sustentan en mandatos de mejora: muchas, por el contrario, van dirigidas —al igual que las

prohibiciones de acciones— a evitar un daño (estableciendo para un determinado sujeto un deber de actuar para contribuir a impedirlo).

Así, por ejemplo, la discusión acerca de si se deben establecer o no prohibiciones de conductas omisivas de terceros frente a la situación de un sujeto que ha sido víctima de un accidente deberá versar, principalmente, sobre dos cuestiones. Primero, sobre a quién o a quiénes se deberían destinar tales prohibiciones: ¿a cualquiera en condiciones de ayudar al accidentado?, ¿a quienes hayan realizado ciertas conductas previas? ¿a quienes ocupen ciertas posiciones sociales? Y, en segundo lugar, deberá discutirse cómo se imputa responsabilidad a quien infrinja la prohibición (¿como autor del daño, como coadyuvante al mismo, por un título de imputación independiente?).

Sea como sea, el debate no se centra, en estos casos, en la cuestión de si aquello que se protege —aquí, la vida del accidentado— merece protección frente al riesgo que le amenaza. Pues, desde este punto de vista, la prohibición destinada al omitente ha de ser justificada exactamente por las mismas razones que aquella otra que vaya dirigida al autor activo, causante. Es decir, también a la conducta del omitente se la puede etiquetar como “dañosa” (en los términos vistos): precisamente, cuando haya razones suficientes que justifiquen la extensión de la prohibición también a dichos individuos o grupos.

Regla 51ª: No obstante, en los casos en los que las prohibiciones de acciones fundamenten auténticos mandatos de mejora de situaciones preexistentes, tales prohibiciones tan sólo pueden resultar moralmente justificables cuando el cumplimiento de tales mandatos vayan orientados a crear una situación más justa, a reducir relaciones de dominación o discriminatorias preexistentes. (Aquí, otra vez, la teoría republicana del Derecho se distancia de la teoría liberal, que abominaría de estos mandatos imperativos de mejora.)

Un ejemplo de lo primero (reducción o eliminación de relaciones de dominación) sería el caso en el que el Estado obliga (a través de una prohibición que sanciona la omisión) a otorgar mejores condiciones de trabajo a todos los trabajadores de la empresa, en cuanto ésta tenga un mínimo de beneficios. Y un ejemplo de lo segundo (reducción o eliminación de situaciones discriminatorias) sería el caso, antes visto, en el que se obliga a contratar a miembros de una minoría étnica marginada.

Regla 52^a: No obstante, incluso cuando se den las condiciones recién expuestas, existirán dos límites absolutos a la justificación moral de los mandatos de mejora: primero, debe resultar justo imputar al destinatario de la prohibición el coste de asumir el deber de mejorar la situación preexistente de terceros; y, en segundo lugar, en ningún caso el mandato de mejora debe resultar tan exigente que cree, para el destinatario de la prohibición, una verdadera situación de dominación y/o de explotación a manos del beneficiario de la misma.

Así, acaso sea posible justificar (habría que argumentarlo más, desde luego) que es justo imponer a un empresario el deber —bajo amenaza de sanción— de elevar las condiciones de trabajo de sus trabajadores, como antes señalaba: al fin y al cabo los beneficios empresariales proceden en buena medida del trabajo que estos desempeñan. En cambio, me parece evidente que no podría justificarse moralmente (desde el punto de vista de la justicia de la atribución del coste) que cualquier ciudadano tuviese la obligación —también bajo amenaza de sanción— de dar de su patrimonio a terceros tanta parte cuanta fuese necesaria para igualar su nivel de riqueza. Pues, en este caso (y aun en el supuesto de que el objetivo de la igualdad total de patrimonios del conjunto de la ciudadanía resultase justificable en términos de justicia), no existe razón convincente alguna que fundamente imputar a todos los ciudadanos, uno por uno, el coste de llegar a tal situación de igualdad.

Pliéensese en el ejemplo que acabo de utilizar: tal vez pueda justificarse por las razones apuntadas la asignación al empresario de un deber de mejorar, hasta un cierto límite, las condiciones laborales de sus empleados. Pero tal deber no puede ser ilimitado: no puede ser, por ejemplo, independiente de cuáles sean los resultados del negocio. Pues, en tal caso, se podría decir que el empresario estaba siendo explotado por sus trabajadores, al producirse una transferencia excesiva e injustificada de recursos de aquél hacia estos. Lo que, precisamente, en ningún caso puede justificarse moralmente. Y menos aún si, además, en dicha explotación se produce también una interferencia en la libertad negativa del sujeto explotado.

2.11. Sobre bienes jurídicos supraindividuales

Regla 53^a: Que podamos calificar a un bien jurídico (a un estado de cosas valioso, cuya protección por parte

del Estado, a través de prohibiciones jurídicas, frente a acciones dañosas resulta moralmente justificada) como “individual” o como “supraindividual” depende de si el interés en su protección obedece a la finalidad de preservar el estado (moralmente valioso) de un individuo determinado, o bien es independiente del estado de cualquier individuo determinado. Esto es, de si del estado de cosas en cuestión es posible predicar, o no, su naturaleza de propiedad o de relación de un individuo o grupo de individuos. En principio, no existe ninguna razón moral relevante para limitar la protección proporcionada por las prohibiciones jurídicas a una u otra clase de bienes (de estados de cosas).

Estar vivo es siempre una propiedad de alguien, de un sujeto. Y tener (ciertos bienes en el) patrimonio es también una relación que alguien —un sujeto— tiene (con ciertos entes: cosas).

Es cierto, no obstante, que la distinción (entre unos objetos de protección individuales y otros supraindividuales) no se deriva de ninguna “naturaleza de las cosas”, sino que obedece más bien a la aplicación de reglas morales a la realidad social. Así, por ejemplo, un objeto de protección que, en un primer vistazo, puede ser considerado como inequívocamente “individual”, como la vida humana independiente (en el lenguaje ontológicamente adecuado: estar vivo), no lo es por su propia esencia, sino porque, desde el punto de vista moral, decidimos que estar vivo es algo que resulta valioso ante todo porque favorece el “buen vivir” del individuo vivo. Y, como se trata de una cuestión moral, es posible pensar—no hace falta imaginar, tenemos ejemplos históricos— en teorías morales en las que el valor moral de la vida no tenga que ver con la existencia individual, sino con intereses colectivos: la voluntad divina, la supervivencia y desarrollo de la “raza”, etc. Del mismo modo, un estado de cosas que en principio nos puede parecer paradigmáticamente “supraindividual”, como el medio ambiente, podría ser convertido (sin duda, con alguna dificultad, debido a la naturaleza económica de bien público que el medio ambiente ostenta) en un objeto de protección “individual”: “cercando” fragmentos de la ecosfera (terrenos, aguas, aire) y asignándoselos a un individuo o grupo social en particular como “suyos”.

Regla 54^a: Es posible distinguir dos clases de bienes jurídicos supraindividuales. La primera de ellas son los llamados bienes jurídicos distributivos: consisten en estados de cosas que obedecen a un inte-

rés individual (y que, en este sentido, pueden ser conectados con bienes jurídicos individuales), pero que son protegidos sin necesidad de individualizar el daño, bastando con que exista un daño —indeterminado— a algún miembro del grupo social protegido (consumidores, trabajadores, etc.). En definitiva, en tales casos se trata de anticipar la intervención de la protección de bienes individuales. Por lo que más que de bienes jurídicos diferenciados, habría que hablar de técnicas de protección distintas.

Piénsese, por ejemplo, en una prohibición de imponer condiciones laborales ilegales a los trabajadores. En realidad, el estado de cosas afectado es un patrón de interacción (entre empleador y empleado) que, en términos generales (y éste es el matiz que marca la diferencia con los bienes jurídicos estrictamente individuales), atañe a propiedades (su nivel de ingresos, su horario, etc.) y relaciones (las razones por las que puede ser despedido o sancionado, etc.) de cada trabajador. La única diferencia con un bien jurídico prototípicamente individual, como la vida humana independiente, es que, para hablar de dañosidad, no será preciso establecer que todos los trabajadores se han visto dañados (ni, por consiguiente, determinar cuántos y quiénes son dichos trabajadores).

Regla 55^a: En cambio, hay otros estados de cosas valiosos que no pueden ser conectados directamente con ningún interés individual determinado: se trata de estados de cosas que poseen características estructurales de bienes públicos o de bienes comunes (en sentido económico). En ambos casos, nos hallamos ante estados de cosas (valiosos) de cuyo disfrute no es posible excluir a nadie. Justamente por ello, son auténticos bienes jurídicos supraindividuales.

Pensemos en dos ejemplos de objetos de protección eminentemente supraindividuales: el medio ambiente y la “seguridad del Estado” (sea cual sea la definición que, desde el punto de vista moral, resulte más apropiado otorgar a tal concepto). En ambos casos resulta harto difícil impedir que cualquier individuo o grupo de individuos que habitan en un determinado territorio disfruten de tales estados de cosas. Por ello, no parecería razonable intentar tratarlos como bienes privados. Por el contrario, resulta más adecuado, desde el punto de vista instrumental, reconocer, teniendo en cuenta su naturaleza, que, si son valiosos, lo son para todos en general, y para nadie en particular.

Regla 56^a: Tres son los límites a la protección de estados de cosas valiosos sin interés individual a tra-

vés de prohibiciones jurídicas. El primero estriba en que sólo pueden emplearse las prohibiciones jurídicas para proteger estados de cosas que afecten a aquello que el Estado está legitimado para proteger: libertad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y mental, etcétera.

De este modo, la pregunta acerca de qué es lo que diferencia, en este plano, los objetos de protección constituidos, por ejemplo, como el medio ambiente y la armónica relación entre vecinos puede ser respondida con facilidad: es cierto, ambos estados de cosas son moralmente valiosos; pero sólo el primero tiene que ver con funciones de protección que el Estado puede asumir legítimamente, no así el segundo. De manera que la protección y una buena interacción de los individuos y grupos con su ecosistema sí puede ser objeto de actuaciones estatales (veremos, a continuación, cuándo las mismas pueden ser, además, coercitivas). Mientras que, por el contrario, la protección de las interacciones corteses y agradables entre vecinos, no.

Conscientemente pongo aquí, desde luego, dos ejemplos poco problemáticos. Puesto que, evidentemente, hay otros casos en los que resulta dudoso que el estado de cosas en cuestión deba ser considerado como dotado de valor moral. Por mencionar un caso concreto, usualmente polémico: ocurre así, según creo, con aquellos estados de cosas —de creencias— relacionados con la religión. En ellos, pienso que no es sólo que no sea función del Estado protegerlos. Es que, además, resulta dudoso, a mi entender, que tengan valor moral propio: pueden tenerlo algunas de las acciones a las que dichas creencias dan lugar. Pero es dudoso —desde mi punto de vista— que lo tengan las creencias religiosas de los adeptos, consideradas en sí mismas. Y menos aún, por supuesto, el hecho mismo de la existencia y pretendida verdad de tal doctrina.

El segundo, en que sólo pueden emplearse prohibiciones para proteger estados de cosas que (aunque no puedan ser vinculados con el interés de algún individuo o individuos determinados) tengan relación con el buen vivir de los que son reconocidos como sujetos morales.

Veamos, con ejemplos, qué es lo que realmente implica la limitación anterior:

1) Hasta hace bien poco tiempo, el bienestar de los individuos pertenecientes a especies animales distintas de la humana era vista de forma generalizada

como una cuestión francamente irrelevante desde el punto de vista moral. Y ello, porque ningún sujeto moral (ningún ser humano o, más antiguamente, ningún ciudadano) veía tal cuestión como algo que afectase de algún modo a su situación, a su “buen vivir”. Es obvio que hoy tal situación ha cambiado.

2) En un sentido exactamente contrario, parece claro que hoy en día es difícil hallar voces —al menos, en Europa Occidental— que defiendan explícitamente el valor moral de la existencia de dios. Así (si admitimos siquiera sea a efectos argumentativos que es cierta la afirmación anterior), dicha existencia ha dejado de ser algo dotado de cualquier relevancia moral: precisamente, porque ningún sujeto moral (ningún ser humano) sostiene tal valor. Lo que, desde luego, no fue la regla, todo lo contrario, a lo largo de la historia de Occidente, hasta muy recientemente.

Regla 57^a: Por fin, hay un tercer límite, y es que, como ocurre en el resto de los supuestos, la protección, a través de prohibiciones jurídicas, de los estados de cosas valiosos sin interés individual sólo puede justificarse moralmente cuando las acciones que se pretendan prohibir sean dañosas para tales estados de cosas, en el sentido visto: cuando la alteración de la incolumidad del estado de cosas valioso (supraindividual) provoca la alteración del patrón de interacción todos o la mayoría de los individuos afectados por la clase de acciones dañosas de que se trate.

De este modo, es posible distinguir dos situaciones diferentes, por lo que hace al daño derivado de una acción:

1) El estado de cosas valioso es afectado en su incolumidad, pero ello no obliga a nadie a cambiar su forma de interactuar. En tal caso, no hay daño. No se justifica, pues, la prohibición jurídica. Ello ocurrirá, por ejemplo, si alguien contamina un río, pero existe ya un procedimiento y una organización preestablecidos (pueden ser tributos, precios, seguros, compensaciones de daños, etc.) que garantizan su recuperación. Nadie se ve forzado a cambiar su forma de vida, su interacción con el ecosistema. Luego no hay daño.

2) El estado de cosas valioso es afectado hasta tal punto que cualquier sujeto razonable cambiará su forma de interactuar en dicho ámbito. Y ello, porque se habrá producido un cambio en el nivel de recursos y/o de poder social persistentes para cada individuo o grupo de individuos. Se puede hablar, por ello, de daño.

Y la prohibición jurídica de la acción en cuestión podrá llegar a estar justificada. En el ejemplo anterior, se puede hablar, en sentido estricto, de daño si la acción de contaminación del río no se produce en un marco (o va acompañada de otras acciones, auxiliares de la principal) que evite que el resultado contaminante reduzca los recursos hídricos a disposición de quienes quieren interactuar con el ecosistema: bañarse, regar, dar de beber al ganado, etcétera.

Regla 58^a: Por lo demás, también en relación con los bienes jurídicos supraindividuales, son concebibles prohibiciones jurídicas de omisiones que se fundamenten en mandatos de mejora de situaciones preexistentes (del estado de cosas sin interés individual). Tales mandatos podrán justificarse moralmente siempre que se cumplan, también en este caso, los requisitos que más arriba expuse, en general, para la justificación de todos los mandatos de mejora.

Así, por ejemplo, podría estar justificada una norma prohibitiva que imponga, bajo amenaza de sanción, a ciertos sujetos un deber de mejora del estado del medio ambiente, en un lugar y momento dados: a los empresarios de una determinada región, pongo por caso. No obstante, debería haber razones morales (de justicia) para imponer el coste de la mejora del medio ambiente a los empresarios. Por ejemplo: que sus empresas se vienen aprovechando del ecosistema, y obteniendo beneficios a partir de su explotación (de manera desproporcionada, en comparación con el resto de la ciudadanía). Y, además, será necesario que la prohibición jurídica no imponga un mandato de mejora de tal entidad que dé lugar a una verdadera situación de explotación y/o de dominación, de la colectividad sobre los destinatarios de la norma. Tal cosa ocurriría, por ejemplo, si, en el caso expuesto, el deber de mejora del medio ambiente que se impusiera a los empresarios fuese de tal calibre que los mismos trabajasen prácticamente sólo para cumplir con dicho deber.

2.12. Sobre el principio de proporcionalidad

Regla 59^a: Al examinar la cuestión de la proporcionalidad, de lo que se trata es de valorar si está justificado (moralmente) limitar la libertad negativa (derivada de los derechos humanos) del destinatario de la prohibición jurídica, por el hecho de que dicha limitación permita evitar un daño al bien jurídico protegido (a un estado de cosas moralmente valioso). La

cuestión de la justificación moral se enjuicia, pues, en este momento, sobre la base de la idea de proporcionalidad: de que constituye una condición necesaria —que no suficiente— para dicha justificación el que la interferencia en la libertad negativa del destinatario de la norma resulte “proporcionada”; vale decir, imprescindible (subsidiaria) y, además, razonable en su magnitud.

Regla 60ª: El primer requisito para la proporcionalidad es el de la subsidiariedad. El requisito previo de la necesidad de la interferencia se da por supuesto, en este momento: si no hubiera necesidad de intervención, no existiría acción dañosa para el bien jurídico que prohibir, no habría nada frente a lo que proteger éste, por lo que no se suscitara siquiera la cuestión de la proporcionalidad. Consiste en una doble exigencia; primero, que no exista ninguna alternativa eficaz para proteger el bien jurídico que no pase por la prohibición jurídica de la acción dañosa; y segundo, que la interferencia en la libertad negativa del destinatario de la norma constituida por la prohibición jurídica tenga siempre el alcance menos intrusivo posible, con tal de que sea suficientemente eficaz.

En principio, limitar el objeto de las prohibiciones jurídicas a la clase de las acciones dañosas (en el sentido visto) introduce ya una restricción, desde el punto de vista del requisito de la subsidiariedad, a las actuaciones estatales que interfieren en la libertad negativa: se presume, en efecto, que aquellas acciones que no son dañosas, aun cuando afecten a la incolumidad del bien jurídico, no justifican una actuación estatal tan contundente como su prohibición; se presume, pues, que existe siempre una alternativa de actuación igual de eficaz para evitarlas. Así, por ejemplo, se presupone que frente a una conducta racista en el ámbito de una interacción estrictamente privada (un individuo que se niega, por motivos racistas, a cenar en el mismo restaurante que yo, a dirigirme la palabra, a trabajar a mi lado) no hay nunca razones bastantes, desde el punto de vista de la condición de subsidiariedad, para actuar a través de una prohibición jurídica, porque —también se presupone— siempre hay otros medios que interfieren menos en la libertad negativa del agente y que resultan suficientemente eficaces para evitarla.

Sea como sea, lo cierto es que de lo anterior no se deduce la conclusión inversa: no puede afirmarse que siempre que una acción sea dañosa se cumpla el requisito de subsidiariedad, que justificaría su prohi-

bición. Pues puede ocurrir —es perfectamente imaginable— que, ante una determinada clase de acciones dañosas, existan en el caso concreto alternativas de actuación estatal (menos lesivas para la libertad negativa del agente) para evitarlas. Por ejemplo: no dudaremos en calificar como dañosa una conducta de difusión de rumores maliciosos en el mercado de valores. Y, sin embargo, es posible que la misma pueda ser evitada de forma eficaz mediante actuaciones estatales alternativas (relativas a la transparencia de los operadores bursátiles, pongo por caso), sin necesidad de prohibirla ni de sancionarla.

Regla 61ª: El segundo requisito es la proporcionalidad, propiamente dicha, entre la interferencia en la libertad negativa y la protección alcanzada así para el bien jurídico. La determinación de si existe o no esta proporcionalidad no puede deducirse directamente a partir de ningún espacio pre-político de “derechos naturales” (como pretendería la teoría libertaria de los derechos); pero tampoco puede (como pretende la teoría republicana) dejarse en manos de la decisión que adopten discrecionalmente las propias instituciones políticas. Por el contrario, solamente sobre la base de una teoría moral sustantiva, que establezca qué derechos morales (derechos humanos) le corresponden a cada sujeto en cada ocasión, es posible determinar si, en un caso concreto, existe o no proporcionalidad: si, en el caso concreto, el valor moral de preservar la incolumidad del estado de cosas valioso encarnado en el bien jurídico por la prohibición jurídica ha de ostentar una precedencia (una precedencia condicionada, en todo caso) sobre el valor moral de la libertad negativa del destinatario de la norma.

De nuevo, un ejemplo puede aclarar lo que quiero decir: para resolver el dilema de la ponderación entre derechos de los trabajadores y libertad de empresa del empleador (a la hora, por ejemplo, de configurar normas prohibitivas en contra de las conductas discriminatorias), no hay otra solución que elaborar una teoría (moral) acerca de los derechos de cada una de las partes. Así, si —como es mi caso— se da preeminencia, en la ética normativa que defiende, a la igualdad, entonces podrían estar justificadas prohibiciones de conductas de empresarios que (aun constituyendo ejercicio de la libertad de empresa) afecten de forma efectiva a la igualdad de trato de los trabajadores. Pero, obviamente, no pensaría lo mismo quien defiende una teoría más liberal acerca de los derechos humanos.

2.13. Sobre la justicia e injusticia de las prohibiciones jurídicas

Regla 62^a: En tanto que técnica de imputación de costes (de la protección de un estado de cosas valioso), la prohibición jurídica resulta particularmente rígida: imputa todo el coste a uno de los sujetos implicados en la interacción. Por ello, hace surgir necesariamente preguntas acerca de en qué ocasiones es razonable hacer una imputación tan radical, y cuándo no. Solamente, pues, cuando la imputación de todos los costes a una de las partes de la interacción resulte justa debería recurrirse a la técnica de la prohibición jurídica, y no en otros casos.

Planteado con toda crudeza, en un ejemplo que creo suficientemente demostrativo: ¿por qué se puede llegar a justificar la obligación impuesta al administrador de un patrimonio ajeno —a través de la hipótesis que se considera— (una prohibición jurídica de la conducta de administración desleal culposa) de asumir los costes de información, aseguramiento, etc., que conlleva una actividad de administración lo suficientemente diligente como para garantizar de forma óptima los intereses patrimoniales del propietario? Desde luego, la argumentación no podrá consistir únicamente en alegar que el patrimonio es un estado de cosas valioso (cierto), que el Estado puede legítimamente actuar para protegerlo (cierto) y que la conducta de administración desleal es dañosa para el patrimonio (cierto). Pues, pese a todo, seguirá subsistiendo la cuestión de por qué hay que dar tanta preponderancia a los intereses del propietario (al que se otorgan la mayor parte de los beneficios), frente a los del administrador (al que se le adjudican todos los costes). Es decir, seguirá pendiente la cuestión del efecto de la prohibición jurídica sobre la justicia distributiva y conmutativa de la situación social a la que la misma ha de ser aplicada. Y, sin embargo, la abrumadora mayoría de los debates político-criminales sobre problemas como el que acabo de exponer se quedan —si es que llegan— en aquel primer estadio de argumentación, tan insuficiente.

Para ser más precisos: como ya señalé hay muchas ocasiones en las que los costes derivados de la prohibición no son asumidos únicamente (aunque también) por el destinatario de la norma, sino también por terceros. Así, si un administrador de bienes ajenos asume costes (en virtud de una prohibición de la administración desleal culposa), parte de los mismos

acabarán por ser transferidos a terceros: empleados suyos, familiares, socios, etc. De cualquier forma, puede observarse que se trata en todos los casos de un reparto de costes que es fruto de la dinámica “natural” (esto es, social) de la interacción, no de un efecto predeterminado por la norma. Y, en tal medida, dicho reparto “natural” resulta tan problemático, o más, desde el punto de vista de la justicia distributiva y de la justicia conmutativa, que la imputación global al destinatario de la prohibición (¿por qué, en efecto, debe un empleado de una institución de inversión colectiva soportar parte de los costes —en la forma, por ejemplo, de una reducción de salario— derivados de la prohibición que afecta a su empleador?)

Regla 63^a: Hay una primera situación en la que el recurso a la técnica de la prohibición jurídica puede considerarse moralmente justificada desde el punto de vista de la justicia de la imputación de costes: cuando el daño provocado por la acción a prohibir resultaría de todo irreparable, puesto que no es posible diseñar mecanismo alguno que permita repararlos. En tal caso, la prohibición de la conducta dañosa resultará —al menos, desde esta perspectiva— moralmente justificada.

Así, parece claro que en el caso del homicidio, o en el del daño medioambiental catastrófico, basta con la naturaleza esencialmente irreparable de tales eventos para que pueda estar justificada cargar al agente (que pone en peligro la vida humana, o el medio ambiente de un modo muy sustancial) con todo el coste de la preservación de los respectivos estados de cosas valiosos, prohibiendo su conducta. Para ello, será suficiente con que la prohibición sea la solución más eficaz —o menos ineficaz— para lograr tal preservación: si esto ocurre, la prohibición (de una conducta dañosa) estará ya suficientemente justificada en términos morales, resultará justa.

Regla 64^a: En cambio, cuando el daño que causa la acción a prohibir no sea un daño irreparable, es preciso distinguir. Así, en primer lugar, desde el punto de vista de la justicia distributiva (reparto global de cargas y beneficios), la prohibición jurídica será moralmente justificable únicamente si resulta neutral desde el punto de vista distributivo. O bien, si existen razones morales (de justicia distributiva) que justifiquen el empeoramiento de estatus (de recursos y/o de poder social) que la clase de individuos destinatarios de la norma va a experimentar, a consecuencia de los costes que habrá de asumir a causa de la prohibición.

Y, en cambio, no estará justificada cuando la prohibición no resulte neutral desde el punto distributivo, pero no haya razones morales atendibles que justifiquen tal pérdida de estatus.

Así, una norma que resulte neutra desde el punto de vista distributivo —la que prohíbe las lesiones dolosas, por ejemplo, puesto que no parece que vaya dirigida de forma selectiva a ningún grupo social en particular, a la vista de que este fenómeno criminal se reparte de forma bastante equilibrada a lo largo de toda la sociedad— resultará siempre aceptable desde el punto de vista de la justicia distributiva, pues es suficiente con que no ocasione un efecto distributivamente indeseable (no es preciso, pues, que cause uno favorable).

Pero también será aceptable, desde este punto de vista, una prohibición que produzca efectos distributivos de empeoramiento de estatus, siempre que la misma vaya dirigida a proteger un bien jurídico y, además, el empeoramiento de estatus resulte justificable en términos de justicia: así, por ejemplo, una prohibición que impida ciertas prácticas empresariales rentables (la subcontratación de personal, por ejemplo) en pro de la protección de los derechos de los trabajadores sería un caso paradigmático de esta segunda hipótesis.

Regla 65ª: En segundo lugar, desde el punto de vista de la justicia conmutativa (del reparto de cargas y beneficios entre los sujetos participantes en la interacción que se vería afectada por la prohibición jurídica), la prohibición sólo estará moralmente justificada cuando, teniendo en cuenta las razones morales que existen para que el sujeto actuante tuviese en cuenta los intereses de la(s) otra(s) parte(s) de la interacción, se pueda concluir que resulta justo imputar todos los costes de preservar el estado de cosas valioso al agente; y no, en cambio, repartirlos (entre el agente, los beneficiarios del estado de cosas valioso —del bien jurídico— y, eventualmente, terceros). En concreto, tal cosa ocurrirá cuando se produzca una transferencia forzada e injusta (de recursos y/o de poder social) desde el beneficiario del estado de cosas valioso (el titular del bien jurídico protegido) hacia el sujeto actuante. Y tal transferencia será injusta únicamente cuando ni el beneficiario ni la comunidad puedan ser culpados: cuando aquél haya obrado, en su disfrute del estado de cosas valioso, de modo moralmente correcto; y cuando, por otra parte, no sea posible culpar a la comunidad del surgimiento de (la oportunidad de realizar) la acción dañosa.

Así, por ejemplo, parece que, desde el punto de vista de la justicia conmutativa, solamente puede ser justa la prohibición jurídica de la conducta de empobrecer patrimonialmente a un tercero allí donde se den dos condiciones (adicionales: partimos de que la conducta de empobrecimiento es dañosa —en los términos vistos— para el patrimonio, de que la preservación de un cierto estado de cosas en la disponibilidad de cosas materiales por parte de los sujetos resulta moralmente valiosa y de que, en fin, el Estado puede legítimamente actuar para proteger dicho estado de cosas): 1) que no sea posible reprochar al tercero ningún comportamiento moralmente incorrecto que haya favorecido su empobrecimiento (por ejemplo, si el tercero se embarcó, movido por su afán de lucro, en negocios altamente especulativos y arriesgados, podría no darse esta condición, y no justificarse la atribución al agente de todo el coste de la preservación del patrimonio del sujeto); y 2) que tampoco resulte satisfactorio, desde el punto de vista moral, atribuir el origen del daño a la sociedad en su conjunto (de este modo, si la conducta de empobrecer a un tercero se derivase, por ejemplo, de una política económica netamente injusta y discriminatoria hacia ciertos sectores sociales —los trabajadores jóvenes, por ejemplo—, no sería justo cargar sobre el agente, a través de la prohibición de su conducta, todo el coste de la preservación del patrimonio, por lo que debería buscarse una solución más matizada, distinta de la de la prohibición jurídica).

2.14. Sobre la imputación justa de la infracción de la prohibición

Regla 66ª: La imputación a un sujeto actuante de una infracción de una prohibición jurídica se hace depender, en el ordenamiento jurídico, de tres clases de condiciones (desde el punto de vista de su naturaleza moral): unas tienen que ver con el principio *ultra posse nemo obligatur*, otras tienen que ver con los estados mentales del sujeto; y otras, en fin, con la existencia o inexistencia de un conflicto entre razones morales distintas concurrentes en el caso concreto, que empujan la valoración moral en direcciones distintas y contradictorias. Mientras que las dos primeras clases de condiciones poseen un sólido fundamento en la teoría moral (no exento, por supuesto, de algunas dudas e imprecisiones... pero, pese a todo, sólido) y resultan aplicables de forma uniforme y universal a todos los

supuestos en los que se enjuicia la existencia de una posible infracción, la tercera de las clases resulta más compleja: porque obedece a razones morales muy diversas, muchas veces más polémicas; y, en todo caso, aplicables sólo de modo (más o menos) casuístico.

Así, criterios como el de la previsibilidad objetiva del resultado (imputación del resultado a la acción), la previsibilidad y la controlabilidad del riesgo para quien ocupa una posición en la interacción social (desvalor objetivo de la acción), la exigibilidad general de otra conducta, el tratamiento del error invencible, etc., tienen, obviamente, que ver con el principio *ultra posse nemo obligatur*. Criterios como el dolo o los elementos subjetivos del injusto (o, si se aceptan, de los elementos subjetivos de justificación) tienen que ver con los estados mentales. En los supuestos de riesgo permitido o de aquellas reglas que autorizan a crear riesgos excepcionales en situaciones de necesidad (estado de necesidad, legítima defensa), de lo que se trata es de un conflicto entre la protección del bien jurídico y razones morales utilitaristas. Y, en fin, la vigencia, por ejemplo, del derecho fundamental a la libertad de expresión, introduciendo un ámbito de libertad que choca con determinadas prohibiciones jurídicas (con la de la apología del genocidio, por ejemplo), tiene que ver con el conflicto entre el bien jurídico protegido y razones morales de índole deontológico.

Regla 67^a: Así, en el caso de un conflicto entre, de una parte, las razones morales en favor de la preservación del estado de cosas valioso que constituye el bien jurídico, que justifican la prohibición, y, de otra, otras razones morales de corte utilitarista (con el suficiente peso moral) que empujan en favor de limitar dicha protección, lo que hay que determinar, en primer lugar, es cuál de las alternativas de decisión (cuál de los contenidos prescriptivos posibles de las reglas de imputación de una infracción de la prohibición jurídica) da lugar a la mayor utilidad global. Y, en segundo lugar, es preciso comprobar si dicha alternativa de decisión resulta neutral desde el punto de vista distributivo, no neutral, pero sí moralmente valiosa; o, en fin, neutral, pero moralmente indeseable, por empeorar de un modo injusto la distribución global de costes y beneficios. Sólo en los dos primeros casos las razones utilitaristas pueden justificar que, en la configuración de la infracción, se introduzca una restricción que impida que determinadas acciones sean consideradas, pese a todo (pese a resultar subsumibles en principio

en la clase de las acciones prohibidas), como infracciones.

Así, una restricción de la protección del patrimonio de la gran empresa en pro de preservar los derechos de los pequeños consumidores (por ejemplo: restringiendo —mediante una interpretación valorativa de las reglas de cuidado— el deber de conducta de estos últimos, por lo que se refiere a la obligación de informar, en la contratación, acerca de su capacidad de pago), si resultase justa desde un punto de vista distributivo (e incluso si resultase tan sólo distributivamente neutra), podría estar también justificada. Piénsese, en cambio, en el caso justamente contrario: restringir el deber de conducta de un gran empresario, a la hora de contratar con pequeños consumidores, con el fin de preservar el beneficio empresarial, limitando su obligación de información acerca de las características y vicios de sus productos, no podría justificarse, debido al favorable impacto distributivo que ello necesariamente conllevaría.

Regla 68^a: En el caso de un conflicto entre, de una parte, las razones morales en favor de la preservación del bien jurídico que justifican la prohibición y, de otra, otras razones morales de corte deontológico (con el suficiente peso moral) que empujan en favor de limitar dicha protección, habrá que recurrir, nuevamente, al principio de proporcionalidad, como instrumento heurístico para ponderar el valor relativo (y, consiguientemente, cuál es la relación de precedencia condicionada moralmente preferible) de ambas clases de razones morales. Aquí, sin embargo, el principio de proporcionalidad no ha de servir para determinar si prohibir una determinada clase de acciones está moralmente justificado: al contrario, se tratará más bien de decidir si, una vez prohibida dicha clase de acciones, hay alguna de ellas que, pese a todo, debido a la eventual concurrencia *en el caso concreto* de un derecho subjetivo del destinatario de la prohibición, no debe considerarse como una infracción.

Aquí no es posible examinar en detalle la compleja metodología de la ponderación. Sí cabe ilustrarla, no obstante, a partir de un ejemplo. Pensemos, así, en la situación que se produce cuando, frente al valor moral de la protección de bienes jurídicos tan importantes como los que se derivan de los derechos humanos (de la vida humana, individual y colectiva, a través de la prohibición del genocidio), se opone otro derecho humano, como es la libertad de expresión: en el debate en torno a los límites de la justificación moral de la

incriminación de la incitación al odio racial y al genocidio. En este caso, es preciso articular argumentos (además de sobre la conexión de lesividad entre la conducta de provocación y el bien jurídico) acerca del valor relativo de ambos derechos humanos. Y, para ello, no hay otra vía que construir una teoría moral sustantiva, en la cual enmarcar el debate. Así, por ejemplo, yo diría (sobre la base, por supuesto, de una determinada ética normativa) que allí donde no existe afectación inmediata al bien jurídico, el derecho subjetivo debe predominar; y que, por consiguiente, la incriminación de la conducta de incitación al odio racial y al genocidio no estará, en general, moralmente justificada, aun cuando pueda haber casos excepcionales en los que sí lo esté (casos de provocación directa, por ejemplo). Pero, desde luego, tal conclusión sólo puede ser extraída después de: *a)* haber explicitado la teoría moral sustantiva de la que se parte; *b)* haber constatado la idoneidad y la subsidiariedad de la protección del bien jurídico a través de una prohibición y de un deber de conducta que de ella se deriva; y *c)* por lo que se refiere a la proporción —en sentido estricto— entre prohibición jurídica y (des-)protección del derecho subjetivo, habrá que estar al valor moral que a cada uno de ambos objetos pueda otorgarse (a tenor de la teoría moral sustantiva) en el caso concreto y, además, a las consideraciones empíricas pertinentes (acerca de la probabilidad e inmediatez de las consecuencias, respecto del bien jurídico y respecto del derecho fundamental).

Sobre la base de consideraciones como las que se acaban de exponer, se llegará finalmente a una cierta conclusión (moralmente plausible): así, en nuestro ejemplo, a una interpretación restrictiva del delito de incitación al odio racial y al genocidio, que excluya de su tipicidad (a pesar de que en principio podría resultar subsumible en su tenor literal) las conductas de mera expresión de opiniones acerca de que el genocidio resulta moralmente justificable, o constituiría un bien moral.

2.15. Sobre la justificación de la sanción

Regla 69^a: Una vez constatadas la existencia de una prohibición y la posibilidad de imputar justamente a una acción la cualidad de infracción de la misma, aún queda por determinar —por argumentar— si la sanción a imponer (la prevista por la norma jurídica sancionadora) es justa. Y, sobre todo, en qué medida

lo es. Ello pasa, por un lado, por elaborar una teoría de la sancionabilidad (de la infracción justamente sancionable); y, por otro, por elaborar una teoría de la sanción justa.

Regla 70^a: Una teoría moralmente satisfactoria de la sancionabilidad ha de apoyarse en dos bases: en una teoría de la personalidad moral; y en una teoría de la culpa moral. Respecto a lo primero, no parece que el debate político-criminal pueda aportar gran cosa: parece razonable aceptar, en el ámbito del Derecho penal (y, más en general, del Derecho prohibitivo), aquella teoría de la personalidad moral que resulte, en general, más convincente desde el punto de vista moral. Tal teoría es, me parece, una que se apoye en cuatro elementos: capacidad para el autorreconocimiento, aptitud para el reconocimiento por parte de la comunidad, posibilidad de una imputación racional de acciones y razonabilidad de la realización de valoraciones morales sobre dichas acciones.

Pongo un solo ejemplo, para que se comprenda el modelo de argumentación (en torno a la teoría de la personalidad moral, como primera condición para la sancionabilidad de una infracción) que estoy propugnando: en el debate acerca de si las personas jurídicas deberían o no ser objeto de sanciones penales, aquella parte —puesto que, obviamente, hay otras— que tiene que ver con la sancionabilidad (penal) de las infracciones que cometen no debería acometerse preguntándonos si las sociedades mercantiles son, de hecho, reconocidas como personas morales por la mayoría de los miembros de la comunidad. Por el contrario, deberíamos preguntarnos si hay razones (morales) bastantes, o no, para otorgarles tal reconocimiento. ¿Debemos tratar a las asociaciones y a las empresas como “individuos” de nuestra sociedad, es la forma moralmente más correcta de tratarlas?

Regla 71^a: Del mismo modo, una imputación justa de sanciones no puede conformarse con que exista la infracción y con que el sujeto al que la misma es imputada pueda ser considerado un sujeto moral: es necesario, además, que pueda culpársele moralmente a dicho sujeto por tal infracción. A tenor de la teoría moral más convincente, existe culpa moral de un sujeto moral en virtud de una acción (moralmente incorrecta e imputable a él, cuando dicha acción puede ser valorada como reveladora de algún rasgo de su personalidad que resulte moralmente relevante; cuando se pueda, pues, valorar que existe una correspondencia suficiente entre el significado de la decisión

(expresada luego en la acción) y rasgos del carácter del sujeto actuante que posean relevancia moral. Ello sólo ocurrirá cuando: *a*) la personalidad psíquica del sujeto actuante esté constituida de un modo suficientemente normal; *b*) la infracción (y no sólo la acción) es intencional; y *c*) la decisión ha sido adoptada en condiciones de suficiente autonomía (y no sólo en condiciones de suficiente libertad negativa).

Regla 72^a: Por su parte, una teoría de la sanción justa se compone de dos elementos: de una teoría acerca de las sanciones (en principio) moralmente justificables; y de una teoría acerca de la proporcionalidad entre infracción y sanción.

Regla 73^a: La teoría de las sanciones moralmente justificables ha de consistir, a su vez, en —de una parte— un(os) criterio(s) de exclusión de aquellas sanciones que en ningún caso resultan moralmente justificables; y en —de otra— un(os) criterio(s) que permitan, en el caso de aquellas sanciones que no sean absolutamente injustificables, decidir si resultan o no justificadas en el caso concreto. Por lo que hace a lo primero, no están nunca moralmente justificadas ni las sanciones que puedan ser calificadas como crueles, inhumanas o degradantes. Ni tampoco aquellas sanciones que exclusivamente impliquen, desde el punto de vista objetivo, una instrumentalización y reificación del sujeto sancionado: que eviten tratarle como un sujeto moral (con el que cabe comunicarse, y razonar).

De este modo, por ejemplo, una sanción con fines exclusivamente preventivo-generales (quiero decir: cuyo contenido sea fijado exclusivamente atendiendo a tales fines), que prescinda por completo de la valoración moral que merezcan tanto la infracción como el sujeto infractor, resultaría, en mi opinión, siempre injustificable desde el punto de vista moral. Así ocurriría si el legislador impone penas draconianas para hechos completamente leves, tan sólo con el fin de generar un miedo grave en los potenciales infractores futuros. Dicha pena, en tanto que mera instrumentalización del infractor (que se convertiría en puro cuerpo —castigado— portador de mensajes para terceros), sería ilegítima, por infringir la prohibición de instrumentalización.

Regla 74^a: Por lo que hace al criterio para la justificación moral de las sanciones (no absolutamente injustificables) en el caso concreto, creo que éste ha de ser el criterio de necesidad: sólo la sanción necesaria puede estar moralmente justificada. Por el contrario, la sanción innecesaria resulta siempre injustificable.

Necesidad, aquí, implica también subsidiariedad: puesto que la sanción es siempre un mal moral, sólo el mal necesario y subsidiario puede llegar a estar justificado.

Regla 75^a: Esto suscita, a su vez, la cuestión de los fines (moralmente justificados) de las sanciones. En mi opinión, tales fines han de ir referidos en todo caso a la prevención general de infracciones, a través de la comunicación (del Estado con el sujeto moral), orientada a interferir en el proceso de motivación de éste último, proporcionándole razones, morales e instrumentales (que se pretenden perentorias), para actuar de acuerdo con el contenido prescriptivo de la prohibición jurídica a la que la sanción pretende reforzar. Es cierto, no obstante, que tal finalidad preventiva y comunicativa ha de concretarse de manera diferentes en los diferentes momentos en los que las sanciones cobran operatividad dentro del funcionamiento del sistema penal. Así, en el momento de la conminación generalizada frente a todos los destinatarios de la norma, la finalidad se concreta en la prevención general, frente a potenciales infractores. En el momento de la imposición de la sanción a un determinado infractor, la finalidad ha de ser la de comunicar, frente al infractor, a la víctima y a la comunidad, el mensaje de que la sanción impuesta es justa, merecida. Por fin, en el momento de la aplicación de la sanción, la finalidad que debe cobrar prioridad es la comunicación (en sentido preventivo-especial) con el infractor.

Regla 76^a: El logro de las finalidades anteriores (y, por consiguiente, el que la sanción resulte o no necesaria —y que, por lo tanto, esté o no moralmente justificada) depende, en todo caso, de que la sanción sea (percibida, con argumentos suficientes para ello, como): *a*) eficaz (la sanción ineficaz es siempre innecesaria); *b*) subsidiaria (la sanción no subsidiaria es siempre innecesaria); y *c*) merecida. La sanción no merecida es siempre innecesaria, porque es incapaz de cumplir las finalidades preventivas, a través de la comunicación con el infractor y con la comunidad, que debe perseguir.

Así, la conminación con una pena de prisión que, por los destinatarios primordiales de la misma (por ejemplo: un grupo social especialmente marginado y con una subcultura muy particular), no puede cumplir sus fines preventivo-generales (en el sentido visto, que ha de incluir no sólo la amenaza, sino también la razonabilidad moral) es siempre una medida que ha de ser vista como injusta, moralmente injustificable.

Regla 77ª: Teniendo en cuenta el hecho de la esencial inconmensurabilidad de la gravedad de las infracciones con la gravedad de las sanciones, el merecimiento de pena sólo puede ser determinado en términos relativos: esto es, partiendo del establecimiento de las sanciones que están disponibles (tanto en términos tanto cualitativos —interdicción de las penas crueles, inhumanas y degradantes y de aquellas que den lugar a una reificación del delincuente— como cuantitativos, magnitud máxima de pena que resulta aún compatible con el principio de humanidad de las sanciones), para, luego, ordenar correlativamente —por su gravedad— tanto infracciones como sanciones, estableciendo correspondencias entre franjas de gravedad de unas y de otras; teniendo para ello en cuenta tanto el grado de desvalor del hecho (que se deriva de la importancia del bien jurídico afectado, pero también del grado de lesividad de la conducta infractora) como el desvalor de la acción (que, en atención a las condiciones de imputación que la acción prohibida cumpla, será mayor o menor). De este modo, lo único que es posible asegurar es que no se produzcan desigualdades injustificables en el tratamiento sancionador de las infracciones. Mas en ningún caso asegura que podamos afirmar que la sanción es (plenamente) “justa”, en el sentido más fuerte del término.

2.16. Sobre el control estatal coercitivo de la peligrosidad sin atribución de responsabilidad jurídica

Regla 78ª: En principio, la aplicación de la coerción estatal para evitar conductas peligrosas para bienes jurídicos sólo puede llegar a estar justificada moralmente cuando se haga en las condiciones ya vistas: esto es, mediante la creación de prohibiciones jurídicas (moralmente justificadas en los términos expuestos), y mediante la conminación y, en su caso, imposición y aplicación de sanciones a quienes las infrinjan. Así pues, en principio, cualquier otra coerción estatal pretendidamente fundada en la necesidad de controlar la peligrosidad (para bienes jurídicos) de una determinada clase de acciones carece de justificación moral suficiente.

Regla 79ª. Este principio general conoce, no obstante, una excepción: aquellas situaciones extremas en las que exista un peligro grave e inminente para un bien jurídico de gran valor moral, que es urgente evitar ya, y frente al que el empleo de la técnica de la responsabilidad jurídica (como instrumento pre-

ventivo) ha de revelarse necesariamente —y no sólo eventualmente— ineficaz, dada la premura de tiempo existente. En todo caso, aun en este supuesto extremo, la actuación coercitiva estatal —recuérdese, sin que se haya establecido todavía la existencia de una infracción, y menos aún de responsabilidad alguna— debería, para resultar justificable, aparecer limitada por: 1) el fin exclusivo de mantener la peligrosidad bajo control; y 2) por las limitaciones derivadas del principio de proporcionalidad.)

De este modo, por ejemplo, cerrar un periódico sobre la base de que (pretendidamente) el mismo es empleado para emitir mensajes subversivos, o detener a un grupo completo de manifestantes porque algunos de ellos han (pretendidamente) cometido un delito de desórdenes públicos, son comportamientos que (además de poder entrar en conflicto con derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, en todo caso) resultan moralmente ilegítimos, ya que ambas situaciones de conflicto pueden ser perfectamente encauzadas a través del desarrollo de un procedimiento —administrativo o penal— de determinación de responsabilidad jurídica, sin necesidad de una previa coacción directa, dado que el riesgo (pretendidamente) amenazante no sería en cualquier caso tan inminente ni tan grave.

2.17. Sobre la justificación específica del empleo del Derecho Penal

Regla 80ª: La utilización de sanciones penales exige (además de las condiciones que se han visto ya, para que tanto las prohibiciones jurídicas como las sanciones —de cualquier índole— que las refuerzan resulten moralmente justificables) un esfuerzo adicional de argumentación moral justificativa. Y ello, porque sus sanciones resultan particularmente afflictivas y porque, además, la condena penal conlleva un efecto simbólico —y estigmatizador— específico. No basta, pues, con justificar que una conducta deba prohibirse, y que deba sancionarse. Hay que examinar, además, de forma específica, si se justifica el recurso a sanciones penales.

Regla 81ª: Así, sólo debería recurrirse a prohibiciones jurídicas reforzadas mediante sanciones penales allí donde la acción dañosa (que, por consiguiente, de acuerdo con lo visto, en principio puede estar moralmente justificado prohibir y, en su caso, sancionar, sea de tal naturaleza que no sólo afecte a la situación

del sujeto directamente afectado dentro de la interacción, sino que, además, debido a las características de la estructura de la comunicación social en el ámbito de interacción de que se trate, la acción dañosa del agente produzca una verdadera desestabilización sistémica: es decir, cuando el resto de participantes —presentes y futuros— en interacciones similares a la dañada pasen a encontrarse desorientados a la hora de fijar su patrón de comportamiento, a ser incapaces de constituir unas expectativas claras sobre lo que (les) puede ocurrir. Con lo que la interacción se vuelva verdaderamente problemática. Tal impacto sistémico de la acción dañosa depende, en parte, de las características de la propia acción, pero en parte también de los rasgos del ámbito de la vida social de que se trate. En todo caso, la existencia o inexistencia de impacto sistémico es algo que debería ser regularmente comprobado, antes de adoptar eventuales decisiones de incriminación, para que estas resulten racionales, y justificables. Y que debe ser comprobado recurriendo a datos empíricos.

Así, por ejemplo, si un mismo emisor —un agente económico— transmite al tiempo con su conducta el mensaje de que los contratos se basan en el compromiso de cumplir las obligaciones y, si no, responder patrimonialmente del incumplimiento, pero también el de que dicha responsabilidad patrimonial no es estrictamente vinculante, sino que puede ser eludida mediante la provocación de la propia insolvencia, entonces puede que los mensajes no sean estrictamente contradictorios en términos lógicos, pero es claro que transmiten al receptor (otro agente económico: la otra parte contratante) una información que le resulta inasumible desde el punto de vista pragmático: en efecto, ¿debe el receptor contratar o no contratar, debe confiar en el cumplimiento de la obligación o no, debe adoptar garantías específicas o confiar en las reglas generales de la responsabilidad patrimonial?

2.18. Sobre la justificación instrumental de prohibiciones y sanciones

Regla 82^a: Una vez constatado el hecho de que una prohibición jurídico-penal, así como las sanciones que conlleva su infracción (y las condiciones de imputación para que ésta exista), son jurídicamente vá-

lidas (no son inconstitucionales) y están moralmente justificadas, todavía queda por discutir la cuestión de si resultan racionales desde el punto de vista instrumental. Pues una prohibición y/o una sanción válidas y moralmente correctas carecen, pese a todo, de justificación suficiente si resultan irracionales desde este último punto de vista, y deberían, por ello, ser modificadas o eliminadas.

Así, podrá ocurrir que resulte recomendable limitar el alcance de una prohibición moralmente justificables, por no existir suficiente necesidad de incriminación o de sanción: el legislador puede razonablemente dejar de prohibir una conducta dañosa (que estaría, pues, moralmente justificado prohibir) si, sin embargo, previsiblemente la misma va a ocasionar al autor fuertes sanciones sociales o una *poena naturalis* (un daño físico derivado del propio comportamiento del autor) tan grave que harán que, racionalmente (si es que su perfil criminológico indica que decidirá de un modo racional), él mismo procure controlar su intención dañosa.

Pero no podría, por el contrario, un legislador justificadamente hacer lo contrario: no podría imponer una pena más elevada de la merecida conforme a criterios de proporcionalidad, para aumentar la eficacia preventiva de la prohibición.

Regla 83^a: El primero de los requisitos de racionalidad instrumental de una prohibición jurídica es que sus objetivos de protección del bien jurídico resultan realizables. Así, si las prohibiciones jurídicas resulten inermes para evitar la afectación a la incolumidad del estado de cosas valioso que se pretende proteger⁶ (porque el deterioro de dicha incolumidad no se deriva de acciones humanas, o porque, pese a derivarse de tales acciones, los agentes no son asequibles al efecto motivador que pretenden las prohibiciones), entonces prohibir una acción resulta siempre irracional, e injustificable. (Y ello, con independencia de cuál sea la valoración moral que la acción en cuestión nos merezca: recuérdese que la justificación última de las prohibiciones jurídicas es consecuencialista, atañe a la evitación de daños, no a la moralidad o inmoralidad de la acción misma.)

Piénsese, por ejemplo, en la norma penal que prohíbe los ultrajes a España (art. 543 CP). Dejemos a un lado —y ya es mucho dejar— su dudosa constitucio-

⁶ O su efectividad no sea comprobable: la carga de la prueba y de la argumentación cae del lado de quien pretende que la sanción está justificada.

nalidad (y, en todo caso, su carencia de justificación moral), a causa de la colisión de su contenido prohibitivo con el contenido de la libertad de expresión; la vaguedad extrema del tenor literal del tipo (que podría violar el principio de legalidad penal); y la dificultad —si no imposibilidad— de hallar un estado de cosas que sea moralmente valioso y, sobre todo, que sea de aquellos que el Estado puede legítimamente proteger. Aun si todos los inconvenientes que acabo de exponer desapareciesen, lo cierto es que seguiría subsistiendo la cuestión de si es posible incidir de manera efectiva a través de prohibiciones sobre las emociones de las personas acerca de esos entes culturales que denominamos como “España”, “Estado español” o “nación española”. Pues, si no lo fuese, entonces habría que concluir que, aun cuando la subsistencia de cierta forma en dichas emociones mereciese, desde el punto de vista moral, la protección jurídica (a través de prohibiciones), seguiría sin estar suficientemente justificada la incriminación.

Regla 84ª: El segundo requisito de racionalidad instrumental tiene que ver con la viabilidad del efecto preventivo de las sanciones (en cada uno de los tres momentos en los que éstas resultan relevantes: conminación, imposición y ejecución): allí donde tal efecto no exista, la sanción (su existencia en la ley, su aplicación en la sentencia o su mantenimiento durante la ejecución) deja de estar justificada.

Regla 85ª: El tercer requisito de racionalidad instrumental consiste en la coherencia de los objetivos político-criminales de la norma. Así, en el caso de infracciones pluriofensivas, habrá que valorar las situaciones de conflicto de objetivos que pudieran producirse, para decidir en qué casos se da precedencia a alguno de los objetivos sobre los restantes y en cuáles, por el contrario, ha de buscarse (para que la prohibición resulte justificable desde el punto de vista instrumental) un equilibrio entre los objetivos concurrentes. Sea como sea, cuando no exista correspondencia entre el contenido prescriptivo de la prohibición y las conclusiones de dicha evaluación de coherencia, la prohibición jurídica resultará injustificable.

Así, por ejemplo, entiendo que (desde la perspectiva de la teoría moral que he venido sosteniendo a lo largo de este trabajo) es fácil argumentar que, en el caso de los delitos de terrorismo, ha de darse preferencia a la protección de los bienes jurídicos personales afectados sobre los intereses políticos del Estado, por poseer aquellos un mayor valor moral. Y, de este modo, una norma que redujese el nivel de protección

de aquellos en beneficio de estos resultaría injustificable, ya por razones morales: así, por ejemplo, un tipo penal en el que la definición de organización terrorista excluyese a los grupos paramilitares o parapoliciales, que hacen “trabajo sucio” (homicidios, detenciones ilegales, torturas, etc.) en pro de los mismos objetivos por los que actúan los órganos del Estado.

Por el contrario, allí donde, en una infracción pluriofensiva, no exista razón moral alguna para dar precedencia a alguno de los bienes jurídicos protegidos sobre los restantes, la actuación legislativa más racional debería ser intentar que la prohibición jurídica proteja por igual a todos los bienes jurídicos, sin que alguno de ellos predomine sobre los restantes. Así, por ejemplo, si se tratase de prohibir la conducta de matrimonio inválido (y admitimos, siquiera sea a efectos argumentativos, que en la misma hay dos intereses estimables en juego: el individual, de las partes contratantes y contrayentes, y el colectivo, del Estado y de la sociedad en la ordenación de las relaciones familiares), habría que estudiar la forma en la que distintas alternativas de regulación (exigir o no exigir perjuicio efectivo a alguno de los contrayentes y/o a terceros, restringir el número de causas de invalidez del matrimonio que dan lugar a la infracción, etc.) afectan a cada uno de los dos bienes jurídicos protegidos: ¿aumenta el daño al interés individual si eliminamos la exigencia de perjuicio? ¿se compensa dicho incremento de la afectación si, a cambio, se extienden o se restringen las causas de invalidez matrimonial relevantes?... Es éste el tipo de preguntas que un análisis acerca del equilibrio de la protección debería plantearse. Y la respuesta debería apoyarse, como decía, en datos empíricos (no en presuposiciones, menos aún en prejuicios).

Regla 86ª: El cuarto requisito de racionalidad instrumental es que tanto las prohibiciones como las condiciones de imputación como las sanciones resulten (suficientemente) eficaces. Para determinarlo, hay que evaluar cuántos supuestos de hecho subsumibles en la norma prohibitiva tienen lugar en la realidad; cuántos de dichos supuestos llegan a ser enjuiciados y declarados formalmente como infracciones; y, por último, en cuántos casos la conminación, imposición y/o ejecución de la sanción produce efectivamente un efecto preventivo.

Regla 87ª: Finalmente, aun si el nivel de eficacia es suficiente, todavía restará por examinar la cuestión de la eficiencia: si el grado de eficacia alcanzado

(tanto en materia de prohibición de conductas, como en relación con las condiciones de imputación de las infracciones, como por lo que hace a la conminación, imposición y aplicación de sanciones) parece razonable, a la vista de los costes que el empleo que esta técnica de gobernanza conlleva. Dichos costes son (además de los que —como ya vimos más arriba— ocasiona al destinatario de la norma, en términos de libertad, de recursos y de poder social) tanto costes de recursos (el coste de la actividad de hacer valer —*to enforce*— la prohibición) como costes de oportunidad (la abstención de ciertas conductas impide aprovechar oportunidades concomitantes). Cuestiones estas que deberían tomarse en consideración en todos los casos. Pero, muy especialmente, allí donde los argumentos exclusivamente morales resulten ambivalentes (por haberlos en varios sentidos diferentes).

Planteo únicamente algunos ejemplos del rendimiento de la teoría de la decisión racional y del análisis económico del Derecho a estos efectos: Si la prohibición de conductas peligrosas para el patrimonio ajeno afecta, sin duda alguna, a las oportunidades de negocio de las empresas (y suponiendo que ambos intereses resulten moralmente relevantes), ¿hasta qué punto es económicamente racional prohibirlas y a partir de qué punto carece de sentido? Es ésta una cuestión que es perfectamente analizable a través de los instrumentos mencionados, susceptibles además de (relativa) validación empírica.

En el ámbito de los criterios de imputación de infracciones, sería también digna de estudio a través de la metodología reseñada la determinación del mejor criterio de diligencia debida, a la hora de valorar la conducta de un agente encargado de realizar actividades peligrosas para un bien jurídico. ¿Qué costes y qué beneficios conlleva uno u otro criterio de imprudencia, y cuál debería entonces elegirse para imputar infracciones?

Por fin, a la hora de determinar el contenido de las sanciones, parece muy razonable intentar establecer los costes que conlleva la aplicación de cada sanción, para determinar si (aun estando moralmente justificada) se trata de una sanción racionalmente fundada o si, por el contrario, su coste parece inaceptable.

2.19. *Sobre el principio de fragmentariedad y sobre la técnica (legislativa) de tipificación de infracciones*

Regla 88^a: En la práctica, la toma en consideración de todos los argumentos —tanto morales como ins-

trumentales— expuestos hasta aquí ha de llevar a un legislador (máximamente) racional a prohibir sólo de manera fragmentaria algunas de las conductas dañosas (que, además, sea proporcionado y justo prohibir) contra los bienes jurídicos que merecen protección. Y en ningún caso todas. La selección de las conductas que resulta razonable prohibir habrá de realizarse sobre la base de la valoración del merecimiento de sanción (según su grado de lesividad para el bien jurídico, y según su grado de antinormatividad —grado en que cumple las condiciones para imputarle una infracción) y de la necesidad de sanción (según la peligrosidad de los potenciales infractores, la frecuencia relativa de las infracciones y el efecto preventivo de prohibiciones y de sanciones) que exista para la clase de acciones cuya prohibición se esté considerando.

Regla 89^a: Es particularmente importante que la enunciación de las prohibiciones jurídicas (de las normas primarias, prohibitivas) sea realizada, desde el punto de vista lingüístico, de tal modo que resulten meridianamente claros los límites de la clase de las acciones que resultan prohibidas. Y ello, no sólo que también por razones de seguridad jurídica, sino para asegurar una eficacia y una eficiencia razonables a la prohibición. Para ello, lo deseable es que la descripción de la (clase de) acción prohibida se haga, en la medida de lo posible, recurriendo preferentemente a términos que posean una extensión susceptible de ser determinada de manera sencilla, bien mediante el recurso al uso ordinario —e inequívoco— del lenguaje, o bien remitiéndose a un significado establecido por las ciencias.

2.20. *Sobre la prudencia (phronesis) en la praxis legislativa*

Regla 90^a: Habrá casos, ciertamente, en los que la aplicación de las reglas acabadas de exponer sea suficiente para llegar a una conclusión: por ejemplo (y más frecuentemente), que la norma jurídico-penal sujeta a discusión carece de justificación, moral y/o instrumental, suficiente; por lo que un legislador que pretenda ser racional debería modificarla o suprimirla. No obstante, lo más frecuente con mucho será que las distintas reglas conduzcan al sujeto racional en direcciones distintas. Y ello, porque, en prácticamente todos los supuestos, la valoración que ha de realizarse (acerca de la conformidad o disconformidad de lo efectivamente realizado —la creación de una

norma jurídico-penal con un determinado contenido prescriptivo— con lo que vendría exigido por la concreta regla que debe orientar una actuación legislativa racional, cuyo cumplimiento se examina) no puede ser absoluta, en términos de sí o no, sino que admite graduación. De manera que casi siempre resultará inevitable plantearse la cuestión de cuánto peso ha de tener el grado (mayor o menor, graduable) de cumplimiento o incumplimiento de una regla en la acción legislativa objeto de valoración. Ponderación que ha de repetirse, casi siempre, en relación con el grado de cumplimiento o incumplimiento de cada una de las otras ochenta y ocho reglas restantes.

Ello obliga al sujeto racional que pretenda valorar, globalmente, la existencia de justificación (mayor o menor) para una norma jurídico-penal, si quiere seguir actuando de manera racional, a deliberar: a deliberar acerca de la ineludible tensión entre las valoraciones parciales. Y a argumentar, por consiguiente, sobre cuáles son, en la decisión legislativa, los puntos de equilibrio óptimos que resultan posibles: cuál o (si hay varios *equivalentes* = que merecen igual valoración) cuáles son aquellos contenidos prescriptivos de la norma jurídico-penal que, a la luz de las ochenta y nueve reglas que he expuesto, resultan más justificables. De tal modo que cualquier modificación en dicho contenido prescriptivo poseería menor nivel de justificación. (Por supuesto, uno de dichos contenidos puede ser el contenido prescriptivo nulo: la decisión

de no crear la norma. O la —ligeramente diferente, no obstante— de suprimirla, o modificarla, una vez creada sin justificación suficiente.)

En la práctica, y fuera de los casos extremos, ello (como suele ocurrir generalmente en el ámbito del razonamiento práctico) no admitirá respuestas evidentes, sino tan sólo propuestas (de justificación: cadenas de argumentos orientados a justificar). Sostengo, entonces, que un criterio razonable para enjuiciar la calidad de dichas argumentaciones justificativas (y, en definitiva, el grado de justificación de las normas jurídico-penales a las que la argumentación haga referencia) es, precisamente, la medida en que resulten equilibradas: que atiendan de manera equitativa a todas y cada una de las facetas de la justificación; a todas y cada una de las reglas expuestas, en su justa proporción.

Claro que soy consciente que no es ésta una auténtica regla, sino más bien una directriz de conducta, meramente orientativa. Pero no existe nada más preciso que pueda ser aducido, con fundamento, en el ámbito de la racionalidad práctica. (Que, por definición, no se deja elaborar hasta sus últimas consecuencias mediante enunciados y cadenas de enunciados, sino que —Aristóteles *dixit*— en último término se vuelca siempre en la acción. Y que únicamente por el significado de la acción —aquí, la acción legislativa— y de sus consecuencias puede ser, en último extremo, valorada.)