

Editorial

El Derecho penal es un enano...

-

«El Derecho penal está subido como un enano a hombros del gigante de la Moralidad»⁹. Esta contundente frase del criminólogo KUNZ constituye, en realidad, una concreción del famoso *dictum* del constitucionalista BOCKENFÖRDE: «El Estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no puede garantizar»¹⁰. Ambas afirmaciones son verdaderas.

Ciertamente, ambas permiten suscitar el problema antropológico que ha de afrontar el Derecho penal y muestran el reduccionismo de los modelos en los que este se ha basado durante la Modernidad. Para uno de ellos, el hombre es una fuente de peligro (*homo homini lupus*) que debe ser neutralizada por la coacción jurídica¹¹. Este punto de vista, procedente de HOBBS, se halla en la base de la concepción instrumental-preventiva del Derecho penal y, por tanto, de las doctrinas de la prevención general intimidatoria y de la prevención especial. Para el otro, el hombre es un sujeto racional-moral con el que el Derecho dialoga apelando a razones. Mediante este diálogo moral hegeliano, la comunicación jurídica pretende conseguir el reconocimiento -la aceptación- por parte de los destinatarios de las normas. En realidad, ambas visiones son reduccionistas y unilaterales, porque el ser humano no es «lo uno o lo otro», sino «lo uno y lo otro».

Las dos dimensiones del Derecho -y del Derecho penal-, su naturaleza de orden de reconocimiento y de orden coactivo, dan cuenta precisamente de esa doble dimensión del ser humano, como agente racional y libre, y a la vez individuo peligroso. Por un lado, se le dirigen normas que apelan a su racionalidad y a su libertad moral. Por otro lado, se le amenaza con penas para el caso de su infracción. En el caso del incumplimiento, también la pena tiene una doble dimensión comunicativa y coactiva. Es verdad que el Derecho penal de una república -esto es, de ciudadanos que deliberan sobre cuestiones políticas- tiene que pretender lograr el reconocimiento de sus destinatarios en tanto que miembros plenos de la *polis*. Esto significa que ha de pretender de ellos un auténtico seguimiento que sea expresión de razón práctica. El seguimiento puede tener lugar porque

⁹ KUNZ, «Die Sanktionen der Gesellschaft und die Antworten des Strafrechts», en SAFFERLING et al. (eds.), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, 2017, pp. 377 ss., 381: «Strafrecht sitzt wie ein Zwerg auf den Schulden des Riesen der Moralität».

¹⁰ «Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann», BOCKENFÖRDE, «Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation», en EL MISMO, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, 1991, pp. 92 ss., 112.

¹¹ KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 38-40.

se reconozca que las razones que se contienen en las normas son valiosas por su contenido (legitimación por el *output*). O bien, al menos, porque se reconozca que esas razones son valiosas en tanto que expresan la voluntad legítimamente formada del legítimo soberano (legitimación por el *input*). Sin embargo, pese a tal pretensión ideal, lo cierto es que el sistema vigente se fundamenta en un equilibrio inestable de reconocimiento y coacción. El recurso adicional por el Derecho tanto a la coacción física como a la psicológica pone de relieve que en su visión del ser humano se considera adicionalmente una dimensión diversa. En concreto, da cuenta de que nunca se ha creído que los destinatarios sean sólo sujetos que atienden a razones, sino que se ha partido de que también son focos de peligro que se mueven en el plano de los estímulos. Esto es lo que, en términos antropológicos, se llama realismo.

Algunos suponen lo propio del Derecho penal es disuadir mediante la amenaza de pena. Sin embargo, la ecuación de la disuasión por sí sola no ofrece resultados demasiado buenos, salvo mediante un incremento brutal de las penas o mediante una inversión imposible en la persecución de los delincuentes. El Derecho penal también busca convencer por las razones que se contienen en sus normas. Se dice que no pretende que el contenido de las normas sea internalizado, sino sólo que los ciudadanos se formen una motivación (interna) compatible con ese contenido. Ahora bien, lo que en realidad quiere decir esta frase -algo hipócrita- es que les está pidiendo que asuman una determinada moralidad (la que se expresa en contenidos compatibles con los de sus normas). Es verdad que el Derecho penal también pretende convencer del cumplimiento de sus normas con base en la legitimidad del procedimiento seguido en su elaboración de sus normas. Pero eso es, asimismo, apelar a una moralidad, aunque sin contenidos: la del discurso y la deliberación democrático-formal. Resulta difícil precisar hasta qué punto esto es susceptible de internalización y capaz de competir con razones intrínsecas concretas que arguyan en sentido contrario.

Por tanto, el apoyo fundamental con el que cuenta un Derecho penal de ciudadanos es que muchas personas hayan internalizado el contenido de las normas jurídico-penales (extrínsecas) como normas morales (intrínsecas), por cuyo cumplimiento se esfuerzan individual y colectivamente. En el marco de comunidades políticas en las que la mayoría de los ciudadanos tienen razones intrínsecas coincidentes con el contenido de las normas jurídicas, éstas se cumplen de modo constante y con pocas excepciones. En un contexto así, la prevención se confía en amplia medida al éxito en la conducción de la vida de todas y cada una de las personas mediante el propio esfuerzo y la cooperación de los demás. En definitiva, al triunfo personal/social de la dimensión humana de autorresponsabilidad sobre la dimensión humana de peligrosidad. Expresado en términos convencionales, a las razones intrínsecas y su transmisión ordinaria a través de las instituciones sociales (familia, escuela, iglesia, vecindario). El Derecho penal aparece cómodamente sentado, como el enano que es, en los hombros de la Moralidad colectiva.

Ahora bien, en tiempos de fragmentación social y moral, el Derecho penal se encuentra ante una masa tendencialmente anómica de individuos. Dado que es posible que en estos triunfe la dimensión humana de peligrosidad, el Derecho penal se convierte en amplia medida en Derecho de coacción extrínseca -física y psicológica-. Esta gana presencia frente al dibujo ideal de un Derecho penal de ciudadanos basado en la interacción comunicativa del deber jurídico y la libertad de acción de estos, en tanto que agentes morales y políticos. Así las cosas, probablemente conviene reflexionar sobre el fuerte incremento de la presencia de la coacción

física y de la coacción psicológica en el Derecho penal de las últimas décadas. Esto sugiere que, al menos, ciertos sectores de este están perdiendo conexión con la moralidad cívica de la masa social. Ello puede ser debido a un distanciamiento de los contenidos del Derecho con respecto a los de la moral pública o, viceversa, a la pérdida de vigor moral de los miembros de la comunidad política. Por lo uno, por lo otro, o por las dos cosas, lo cierto es que el incremento de la coacción externa es un síntoma claro de la creciente debilidad de las razones intrínsecas en el razonamiento de los destinatarios de las normas penales. En efecto, las razones intrínsecas para obrar conforme a Derecho y la coacción jurídica extrínseca constituyen vasos comunicantes, puesto que las unas y la otra se hallan al servicio del cumplimiento de las normas. Si la primera disminuye, la segunda se incrementa. El Derecho penal ya no puede seguir siendo un enano, sino que ha de crecer (en coacción). El Estado secular tiene que hacerse beligerante. En ambos casos, la emancipación de la moralidad va a ser un mal negocio.

Jesús-María Silva Sánchez