

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • n.º 126

abril/junho – 1995

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

Derecho penal como tecnología social

(Notas sobre las contradicciones del sistema penal)

JUAN MARCOS RIVERO SANCHEZ

SUMARIO

1. *Derecho penal clásico y su metamorfosis.* 1.1. *El modelo clásico del derecho penal.* 1.2. *Transformación del derecho penal clásico.* 2. *El derecho penal como tecnología social.* 2.1. *Transformaciones del derecho penal material.* 2.2. *Transformaciones del derecho penal procesal y de ejecución de la pena.* 2.3. *Transformaciones de la teoría penal.* 3. *Un ejemplo reciente: "reformas urgentes" en el sistema penal costarricense.* 4. *Critica del derecho penal como tecnología social.* 5. *El Estado de derecho en la tenaza de la legitimación.* 6. *Derecho penal y prohibición del exceso.* 6.1. *Estado de derecho y prohibición del exceso.* 6.2. *Los parámetros del exceso: idoneidad, carácter necesario y proporcionalidad.* 7. *Dos distinciones.* 7.1. *Aumento cuantitativo y aumento cualitativo de la delincuencia.* 7.2. *Prevención normativa y prevención técnica.* 8. *Critica de la critica.* 8.1. *Critica del principio de prohibición del exceso.* 8.2. *Critica de las distinciones cantidad - cualidad y prevención técnica - prevención normativa.* 9. *La perspectiva de un derecho penal democrático.* 9.1. *Derecho penal y democracia.* 9.2. *La idea de un derecho penal democrático como parámetro crítico del sistema penal.* 10. *Cuatro peligros o las trampas de una política juridico-penal "bien intencionada".* 10.1. *Escatología penal.* 10.2. *Es humano el sancionar?* 10.3. *El derecho a ser desobediente.* 10.4. *La sospecha como método.*

1. *Derecho penal clásico y su metamorfosis*

1.1. *El modelo clásico del derecho penal*

El sistema del derecho penal clásico se desarrolla como consecuencia de la crítica al derecho natural por parte del idealismo alemán¹.

Con anterioridad se habían buscado los

Juan Marcos Rivero Sanchez és Especialista en Ciencias Penales. Universidad de Costa Rica. Doctor en derecho. Universidad de Frankfurt a.M. Prof. Universidad Autónoma de Centroamérica. Prof. Universidad de Costa Rica.

¹ Ver: HASSEMER, Winfried, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1994, p.4.

principios de la filosofía práctica en ideas objetivas del bien y de la justicia, en la voluntad divina, en la naturaleza del hombre, etc. Por ello podía considerarse aceptable una norma penal en la medida en que ella guardara correspondencia con la ley divina o natural.

El idealismo alemán, por el contrario, problematiza la creencia en la posibilidad de un conocimiento *a priori* de valores materiales. Kant pone de manifiesto la cuestionabilidad epistemológica de las construcciones de la metafísica tradicional y muestra que ellas fracasan a la hora de fundamentar leyes prácticas con pretensión de validez universal, pues la razón humana sólo puede reconocer carácter necesario y vinculante a aquellas normas y reglas que ella misma se ha dictado. Luego de la "Crítica de la Razón Pura", resulta en consecuencia imposible, como lo ha puesto de manifiesto el Prof. Hassemmer², extraer el contenido concreto de las normas jurídico-penales de un código divino o de una ley natural eterna. En el centro de la filosofía práctica de Kant está más bien el concepto de autonomía, de la razón práctica como auto-legisladora. Para el idealismo alemán no se trata en consecuencia de derivar el ordenamiento jurídico de un conjunto de principios supremos, sino más bien de señalar la posibilidad de concertar el orden jurídico a través de aquellos que se verán regidos por él. El modelo de esta teoría lo constituye el contrato social. La idea fundamental es que a través de este contrato no se modifica el volumen o la extensión de la libertad del hombre, sino sólo su modalidad: se renuncia a la libertad "salvaje" o "sin ley" en beneficio de una libertad "segura", ejercida al amparo de leyes justas³. Es un orden fundado en la libertad y para la libertad.

En este marco conceptual se desarrolla el derecho penal clásico, el cual viene a cumplir un encargo social determinado: debe marcar (y asegurar) los límites de la libertad civil. El derecho penal clásico se configura así como el derecho de "las violaciones a la libertad y sus consecuencias"⁴ y postula una serie de principios cuya filosofía, si se la mira detenidamente, parece poder reducirse a la idea de que la única política criminal conveniente es aquella que re-

duce la represión penal al mínimo posible⁵. A ello colaboran, decididamente, las siguientes máximas:

El principio del derecho penal como *ultima ratio*, que señala que el derecho penal, debido tanto a sus consecuencias estigmatizantes como a los vínculos que debe guardar con el Estado de derecho, sólo debe reaccionar frente a las perturbaciones más importantes de la convivencia social y ésto a condición de que las demás ramas del ordenamiento jurídico hayan fracasado en la tarea de proteger los valores fundamentales en juego. La idea esencial en este sentido es la de que el derecho penal no puede protegerlo todo; es solamente "la más afilada espada del control estatal"⁶.

El principio del derecho penal fragmentario, según el cual el derecho penal constituye un conjunto discontinuo de ilicitudes donde los espacios vacíos significan necesariamente libertad.

El principio de no confusión entre el derecho penal y la moral, de conformidad con el cual los actos que son contrarios a la moral de un grupo determinado no necesariamente tienen que ser por ese mismo hecho tipificados como delito. De gran importancia es en este sentido el concepto de bien jurídico, que cumple originariamente una función descriminalizadora: Las sanciones penales (penas o medidas de seguridad) que tienen por fin *no* la protección de un bien jurídico concreto, sino que solamente persiguen asegurar concepciones morales, no resultan legítimas⁷.

El principio de culpabilidad, que hace la pena dependiente de la posibilidad de que se formule al sujeto un juicio de reproche por no haberse comportado conforme a derecho pudiendo haberlo hecho. Este juicio de reproche es de carácter estrictamente jurídico: se reprocha no haber actuado conforme al ordenamiento jurídico, no el haber violado tal o cual precepto

⁵ Ver: HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 3 ff.

⁶ Así: ALBRECHT, Peter-Alexis, *Formalisierung versus Flexibilisierung: Strafrecht quo vadis?*, en: *Vom guten, das noch stets das Böse schafft. Essays científico-criminales en honor der Herbert Jäger*, editado por Lorenz Böllinger y Rüdiger Lautmann, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993, p. 255.

⁷ Así: HASSEMER, Winfried, *Sozialtechnologie und Moral: Symbole und Rechtsgüter*, en: *Rechts und Moral*, editado por Heike Jung, Heinz Müller-Dietz y Ulfried Neumann, Baden-Baden, Nomos, 1991, p. 331.

² HASSEMER, Winfried, *Theorie und soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a.M., Athen um Verlag, 1973, p. 29.

³ Ver: KERSTING, Wolfgang, *Wohlgeordnete Freiheit*, Frankfurt a.M. Suhrkamp, 1993, p. 351.

⁴ HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 5.

moral. Con el principio de culpabilidad se excluye además la responsabilidad por el resultado. La culpabilidad se configura así como un elemento constitutivo del delito, sin el cual no es posible hablar de un hecho punible.

El principio de inocencia, según el cual nadie es culpable hasta tanto no se demuestre en juicio su culpabilidad. Fundamento del principio de inocencia es la idea de que vale más dejar libre a un delincuente que sancionar a un inocente, lo que, según mi manera de ver las cosas, conduce a limitar las hipótesis de prisión preventiva. En efecto, si el imputado no es culpable hasta tanto una sentencia no lo declare tal, la restricción de su libertad en el proceso debe ser la excepción y no la regla.

El principio del debido proceso, que se resuelve en una serie de derechos que configuran la noción moderna del proceso y entre los que se destacan, sin querer ser exhaustivo, los siguientes: a) amplias posibilidades de defensa en juicio, b) derecho de ser oído en el proceso, c) notificación de las resoluciones, d) posibilidad de apelar las decisiones judiciales sin que sea posible que se resuelva la apelación en perjuicio del apelante (prohibición de la *reformatio in peius*), e) derecho a un juez natural (sólo aquel que ha sido investido con arreglo a la constitución y las leyes con la potestad de dirimir los conflictos jurídico-penales puede determinar si una persona ha cometido un delito e imponerle la sanción correspondiente), f) derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito (*non bis in idem*).

1.2. Transformación del derecho penal clásico

En estos principios se refleja un particular aspecto de "la dialéctica de la modernidad"⁸. Pues con ellos se pretende combatir originariamente un derecho penal moralizante con armas tomadas del arsenal de la filosofía política de la ilustración. La batalla, como lo señala el Prof. Hassemer, fue ganada y el enemigo resultó derrotado. Pero las armas adquirieron autonomía y se han vuelto en contra de los principios al servicio de los cuales estaban. El derecho penal, al radicalizarse la lucha contra las concepciones moralizantes, toma entonces el camino que lo lleva a convertirse en una tecnología social⁹. Ello coloca al derecho penal bajo la presión de una nueva necesidad de legitimación. Las tra-

dicionales fórmulas deontológicas de legitimación se consideran entonces insuficientes para justificar la intervención jurídico-penal. El sistema penal como tecnología social se ve así ante la imposible tarea de demostrar en todos los campos en los que es requerido, que es funcional, que produce consecuencias favorables y evita las desfavorables¹⁰.

2. Derecho penal como tecnología social

Puede afirmarse que el tránsito del derecho penal hacia una tecnología social se observa en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo actual. En Alemania, por ejemplo, la nueva tendencia encuentra respaldo en una parte significativa de la teoría y práctica judicial, precisamente aquella que podríamos llamar conservadora¹¹. Las directrices generales de esta nueva orientación del derecho penal son claras y pueden sintetizarse, como ya ha sido puesto de manifiesto¹², en los siguientes puntos fundamentales:

2.1. Transformaciones del derecho penal material

En primer lugar se producen cambios significativos a nivel del derecho penal material.

Meta del derecho penal material pasa a ser sobre todo la persecución *pronta y eficaz* de una serie de fenómenos que la llamada "opinión pública", manipulada de ordinario por los medios de comunicación colectiva, considera *peligrosos*. El derecho penal es llamado a cumplir eficazmente su función represiva en los más variados campos: la economía, la política ambiental, la política fiscal, el derecho del consumi-

¹⁰ *Ibid.*, p. 331.

¹¹ Una encuesta realizada en Alemania a los Jueces y funcionarios del Ministerio de Justicia de Hesse, señala que la mayoría de estos funcionarios está de acuerdo en acelerar el proceso penal por medio de medidas tan radicales como la limitación de los medios de prueba, de las oportunidades en que pueden ser presentados así como de los recursos de que dispone el imputado en contra de las resoluciones judiciales (!). Sobre el punto, ver: ALBRECHT, Peter-Alexis, *op.cit.* (supra nota 6), pp. 260 ss. Ver también en este sentido el proyecto de ley alemán para "descargar" la administración de justicia, publicado en: Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode, Drucksache 12/3832. Este proyecto contempla también considerables limitaciones de los derechos del imputado.

¹² Una exposición de estas ideas puede verse en: HASSEMER, Winfried, *Sozialtechnologie*, *op.cit.* (supra nota 7), pp. 329 ss.; del mismo autor: *Produktverantwortung* (supra nota 1), pp. 6 und ss.; ALBRECHT, Peter-Alexis, *op.cit.*, (supra nota 6), pp. 264 ss.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*, p. 329.

dor, consumo de drogas, etc. El lema de la nueva tendencia parece ser: del cielo a la tierra y de la cuna a la tumba, todo y todos dentro del sistema penal.

En lugar de perseguirse la protección de bienes jurídicos individuales y concretos, se busca la tutela de bienes jurídicos indeterminados y universales (la salud pública, el orden público, la moral y las buenas costumbres, etc.).

Se recurre a la multiplicación de los llamados delitos de peligro abstracto, es decir, de aquellos que reprimen una conducta que ni daña ni pone concretamente en peligro un bien jurídico (!), sino que en el fondo criminalizan tan sólo la posibilidad de una lesión a un bien jurídico.

Se reducen los presupuestos de la imputación de delitos. Se tiende a reprimir las formas de tentativa en lugar de los delitos consumados; se aumenta la represión de las formas de participación criminal (autoría y complicidad); se aumenta el número de los delitos de omisión y culposos.

Se recurre al uso de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, con lo que se lesiona el principio de legalidad criminal (sólo el legislador puede determinar que es delito y sus consecuencias) y la seguridad jurídica.

Todo ello va acompañado de un aumento generalizado de los límites mínimo y máximo de las sanciones penales, con lo cual se pretende satisfacer el interés de la prevención general.

2.2. Transformaciones del derecho penal procesal y de ejecución de la pena

A nivel del derecho procesal penal se observa la tendencia a mejorar la eficiencia del sistema a costa de los derechos del imputado. Esto se manifiesta en el acortamiento, abaratamiento y desformalización del proceso y el rechazo de supuestas "perturbaciones del proceso" provenientes del imputado y su defensa. El problema radica en el hecho de que todas esas reformas, que pretenden verificarse en favor de la protección de la víctima del delito, corren, por decirlo así, a cuenta del imputado y no del Estado represor¹³. Ellas se traducen a menudo en una reducción de las posibilidades de defensa así como de los trámites procesales e investigaciones tendientes a la averiguación real de los hechos.

El derecho de ejecución de la pena tiende a

¹³ HASSEMER, Winfried, *Sozialtechnologie*; op.cit. (supra nota 7), p. 329.

modificarse en dirección a una desformalización de la posición del prisionero seguido éste de una reducción de los beneficios que se conceden a la clientela de las prisiones.

2.3. Transformaciones de la teoría penal

A nivel de la teoría penal se prefieren explicaciones funcionalistas que permiten la adaptación de los institutos penales a los requerimientos de la moderna política criminal. El derecho penal deja de ser un límite de la política criminal -como lo consideraba v. Liszt-. El derecho penal se convierte más bien en instrumento de aquella.

Las teorías de la pena se fundamentan igualmente en criterios sociotecnológicos. La razón por la que se castiga se busca no en la retribución del hecho según su reprobabilidad, sino de conformidad con las consecuencias que la sanción pueda tener con relación al desarrollo de la criminalidad. El individuo deja de ser la meta de la pena y se convierte en instrumento de la política criminal.

Finalmente se refleja esta tendencia en una serie de esquemas cognitivos y normativos. Se trata de dominar el futuro, de prevenir riesgos, en lugar de sancionar los hechos ya cometidos. Se profesa una fe en la posibilidad de que el derecho penal configure activamente la realidad socioeconómica. La legitimación de las intervenciones jurídico-penales se busca no en el concepto de justicia sino en el de eficacia, no es la persona del delincuente y la reprobabilidad de sus actos lo que es relevante, sino los imperativos funcionales de una sociedad despersonalizada.

Por lo demás puede decirse que la tendencia de convertir al derecho penal en una tecnología social tiende a impregnar todas las manifestaciones del quehacer jurídico penal y afecta de ordinario todas las instancias de control social: legislación, administración de justicia, ejecución de la pena, policía, ministerio público, etc.

3. Un ejemplo reciente: "reformas urgentes" en el sistema penal costarricense

Un ejemplo reciente de esta tendencia puede verse en el proyecto de ley que fue recientemente sometido a la consideración de la Asamblea Legislativa costarricense por el Ministro de Seguridad y que lleva el significativo título de "Reformas Urgentes al Código Penal, el Código Procesal Penal y Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores"¹⁴.

¹⁴ La crítica siguiente se basa en el proyecto propuesto el 14 de diciembre de 1992, en trámite en la

En sus líneas generales se basa la propuesta en los siguientes aspectos:

Se plantea una nueva tipificación de determinadas conductas. En este sentido se propone considerar como delito internacional el tráfico de vehículos automotores proveniente de actividades ilícitas (reforma al art. 7 C.P.); se introduce la figura de la conspiración para cometer el delito de homicidio tanto simple como calificado (arts. 111 y 112 C.P.), aspecto éste que se relaciona con la inclusión de un artículo "47 bis" en la Parte General del Código Penal, el cual vendría a establecer la figura de la "conspiración"; se reprime al que sin estar debidamente registrado y autorizado en el Ministerio de Seguridad Pública, realice actividades propias de los miembros del servicio de vigilancia privada, de la Reserva de la Fuerza Pública o desempeñe cualquier clase de labores de seguridad privada (art. 308 C.P.).

Se propone un aumento sistemático de los límites mínimos y máximos de las penas privativas de libertad previstas para determinados delitos. Están en esta hipótesis la reforma al art. 74, según la cual a los autores, coautores, cómplices e instigadores que realicen el hecho punible con la participación de menores de 18 años, se les aplicará la pena más grave aumentada en otro tanto; la reforma al artículo 77 que prevé un aumento de las penas en el caso en que la víctima sea un menor de 18 años y las reformas a los artículos 209, 229, 213, 214, 321 y 322, que agravan las penas en determinadas hipótesis del delito de robo, daños, hurto y extorsión. En estrecha relación con la idea de agravar las penas de prisión se encuentra la propuesta de introducir pena de prisión para las contravenciones previstas por los artículos 374 y 413 C.P. y la introducción de un requisito económico para el otorgamiento de la libertad condicional y de la condena de ejecución condicional (artículos 60 y 65 C.P.).

Se propone como complemento de estas medidas una reforma del artículo 298 del Código Procesal Penal que tendría como objeto otorgar la posibilidad de negar la excarcelación cuando la víctima del delito haya sido un menor de 18 años y cuando se imputen delitos de hurto, robo agravado y extorsión relacionados con vehículos automotores. La propuesta de reforma de algunos artículos de la Ley de la Jurisdicción Tutelar de Menores (21 bis, 23, 32, 43 y 51

Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

bis) y que configuran una política de tratamiento del menor, que en el mejor de los casos es inadecuada y obsoleta y que se resuelve, en sus rasgos fundamentales, en las siguientes medidas: 1) sometimiento al menor a exámenes técnicos para determinar su adicción a las drogas o al alcohol, 2) internación del menor como medida tendiente a su recuperación (!) y 3) se propone la especialización de determinados órganos (O.I.J., Centro de Información Policial del Ministerio de Seguridad Pública, Ministerio Público), en la investigación y represión de las conductas realizadas por los menores.

La concepción general del proyecto es en realidad simple. Ella se resuelve, como puede apreciarse, en un aumento de penas, tipificación de nuevas conductas como delitos, reducción de las garantías procesales y persecución de los menores infractores. Con ello se pretende introducir una manera de combatir la criminalidad basada en lo fundamental en una reducción sistemática de las libertades individuales y un aumento correlativo de las facultades intervencionistas-represoras del Estado. Todo el proyecto reposa, pues, en la firme creencia de que al fenómeno de la delincuencia se le combate con más represión, sacrificio de las libertades individuales y de los principios del Estado de derecho.

No es mi intención analizar los problemas que presenta en detalle el anterior proyecto de reforma - los que sin lugar a dudas son muchos y muy graves¹⁵. Más bien quisiera llamar la atención sobre la concepción general que lo anima y sobre su actitud ante el problema de la delincuencia.

4. Crítica del derecho penal como tecnología social

La concepción del derecho penal como tecnología social es criticable, pues no medita suficientemente sobre las causas de la delincuencia y las medidas *legítimas* para combatirla.

¹⁵ Merece resaltarse en este lugar, y a manera de ejemplo, la desaguizada política que se pretende seguir en relación con la reforma de la Ley de la Jurisdicción Tutelar de Menores, la que se basa (según se deduce del texto de la propuesta de reforma de los artículos de dicha ley números 21 bis, 23, 32, 43, 51 bis y 52) en la idea paradójica de lograr la recuperación del menor por medio de su internamiento en instituciones de control. Paradójica porque el problema no se ataca recluyendo al menor en un establecimiento de este tipo, sino sólo por medio de la modificación efectiva de las condiciones socioeconómicas en las que aquél vive.

En efecto, no es poco frecuente que los legisladores pasen por alto el hecho de que el delito es su propia creación.

Más bien la opinión común es la de que hay delinquentes por naturaleza, que éstos se encuentran "allí afuera", en la calle, y que basta con perseguirlos, reprimirlos y encerrarlos el mayor número de años posible para que el delito y la delincuencia se reduzcan sensiblemente o desaparezcan por completo.

No hace falta señalar lo ingenua que es esta visión de las cosas. Frente a ella quisiera resaltar en forma de tesis, los siguientes aspectos.

Nadie es delincuente por naturaleza. Delito, delincuente y delincuencia son creaciones del sistema de represión de una sociedad (integrado por las distintas agencias de control, tales como el legislador, los tribunales, la policía y las prisiones). De aquí se sigue que en la medida en que se amplíe el catálogo de delitos -o se agraven las consecuencias jurídicas de los hechos punibles-, lejos de reducirse la delincuencia ésta va a aumentar, con la consecuencia de que ahora los tribunales van a tener que resolver un mayor número de casos (los relativos a los nuevos delitos) y se va a tener que gastar más dinero en aumentar los recursos policiales y del sistema penitenciario.

Existe, claro está, el fenómeno de la violencia. Esta es un fenómeno omnipresente en toda sociedad. El problema de la reacción del sistema penal ante la violencia, sin embargo, no puede resolverse de un modo que engendre nueva violencia por medio de más represión. De aquí la importancia de investigar en que medida otras ramas jurídicas y otros sistemas sociales diferentes del jurídico (como la política, la economía, la familia, la educación o la cultura) pueden aportar soluciones viables para la solución o adecuado tratamiento del problema de la violencia y sus distintas manifestaciones en la sociedad. Claro está que ello requiere un mayor derroche de imaginación que el que necesita el recurso al fácil expediente de aumentar penas y multiplicar los delitos. Pero ese mayor derroche se ve compensado con el fortalecimiento de las instituciones democráticas y el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Las campañas de la ley y el orden no persiguen, de manera general, otra cosa más que desviar la atención de las causas socioeconómicas de aquellos comportamientos que atentan contra los valores de la cultura oficial. Al

empeoramiento de las condiciones mínimas de existencia de amplios sectores de la población se responde, no creando condiciones favorables a un mejor reparto de la riqueza y de las oportunidades de acceso a la educación, cultura y deporte, sino mediante un aumento de la represión. Con ello no sólo se desvía la atención de los verdaderos problemas que aquejan a la sociedad sino que se crea otro adicional: el del mantenimiento de un aparato represivo que crece día con día.

Toda campaña que tiende al aumento de los delitos y de sus penas reposa sobre la creencia de que existe en la sociedad un bloque monolítico de valores y una jerarquía axiológica que es compartida por todos los miembros del conglomerado social. El razonamiento del legislador es más o menos el siguiente: siendo la vida, la libertad y la propiedad valores fundamentales para todos, puede lograrse una reducción de la criminalidad amenazando a los delincuentes potenciales con privaciones de estos bienes. Ahora bien, este supuesto no es necesariamente cierto. La vida y la libertad no son bienes supremos para todos. Para algunos pudiera ser más importante el disfrutar de determinados bienes materiales por un tiempo determinado, aún cuando ello pudiera comprometer su vida o libertad. Esto explicaría él porqué, la introducción de la pena de muerte o el aumento de la de privación de la libertad no vayan siempre acompañadas de una reducción en el número de delitos¹⁶. Y la propiedad como valor sólo tiene sentido para aquellos que la poseen. Por eso no es posible establecer una conexión ineludible entre el aumento de las penas y delitos y un mejoramiento del sistema de prevención general en la sociedad.

Que se puede hacer entonces ante el problema de la delincuencia? No es acaso legítimo el interés que tienen los ciudadanos en que el Estado defienda sus vidas, integridad, libertad y propiedad? No es acaso deber ineludible del Estado hacer halgo por mantener o en su caso restablecer el orden, la seguridad y la tranquilidad públicas?

Estimo que una adecuada política criminal

¹⁶ El Estado actual de las investigaciones conduce a la afirmación de que no existe ningún fundamento empírico para sostener la tesis de que la pena de muerte pueda tener un efecto preventivo general de la delincuencia. Sobre el punto, ver: MARTIS, Roderich, *Die Funktionen der Todesstrafe*, Bonn, Forum Verlag Godesberg, 1991.

debe tomar en serio estas preguntas y paralelamente admitir que su planteamiento es válido. El problema radica en consecuencia no en *si* el Estado debe velar por los derechos e intereses legítimos, sino en el *cómo* debe llevar a cabo esta política.

5. El Estado de derecho en la tenaza de la legitimación

Yo creo que el interés de los ciudadanos en que el Estado asegure sus vidas y sus bienes debe relacionarse siempre con el interés básico de toda persona en que el Estado garantice la existencia de espacios de libertad, entendidos estos como ámbitos en los que las agencias de represión no tienen ingerencia. Ninguna política criminal puede pasar por alto estos dos imperativos sin que el Estado pierda legitimidad, entendida ésta en el sentido en que el sociólogo alemán Max Weber le atribuyó a este término, esto es, como explicación del porqué y bajo qué circunstancias la estructura y sistema del orden social existente es aceptado o al menos tolerado por los sujetos y grupos que lo constituyen. El concepto de legitimación designa pues la base de confianza sin la cual la estructura del orden social no es capaz de mantenerse¹⁷. Esto explica la complicada situación del Estado de derecho, que debe combatir la criminalidad, porque sino incumple su función de garante de los derechos e intereses de sus ciudadanos. Pero para combatir este fenómeno no puede recurrir a cualquier medio, porque la implementación de medidas que reduzcan sistemáticamente los derechos fundamentales llevan con el tiempo a socavar los fundamentos mismos del Estado de derecho. El Estado de derecho se autoelimina tanto si no hace nada frente al problema de la delincuencia, como si se excede en su represión.

Por encima de todo debe tenerse muy en cuenta que la única forma de lograr una justicia penal eficaz, que garantice a los ciudadanos la protección de sus intereses esenciales y a la vez respete los ámbitos de libertad y los derechos fundamentales de las personas, consiste en implementar una política de descriminalización¹⁸.

¹⁷ WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4. Edición, Tübingen, J.C.B. Mohr, vol. II, 1956, pp. 551 ss.

¹⁸ Sobre el punto resultan ilustrativas las recomendaciones realizadas por la comisión de Hessen "Política Criminal" para la Reforma del Derecho Penal, que están publicadas en: *Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung*, editado por Peter-Alexis

En efecto, la razón fundamental por la cual el sistema penal se torna cada día más ineficiente radica en el hecho de que ha ido asumiendo paulatinamente funciones que no le corresponden y pretensiones que no está en capacidad de cumplir. El derecho penal está diseñado para reaccionar, fundamentalmente, ante conflictos de carácter estrictamente individual. Por ello fracasa cuando se le asignan funciones de control de complejos sistemas sociales tales como las relaciones económicas, la cultura, la política, el ambiente. En estos campos lo único que puede hacer el derecho penal es *mostrar los dientes*¹⁹ de manera simbólica, lo que bien puede tranquilizar momentáneamente a las masas de votantes, pero con el tiempo hace colapsar al sistema penal.

No obstante: el discurso de la descriminalización no es, por sí mismo, suficientemente crítico. Pues no da respuesta a cuales conductas deben descriminalizarse y cuales no, ni tampoco señala cual reacción ante las conductas que no han sido descriminalizadas puede considerarse legítima. Es necesario, en consecuencia, avanzar todavía más.

6. Derecho penal y prohibición del exceso

6.1. Estado de derecho y prohibición del exceso

Un principio de solución del problema consiste en comprender que el legislador no puede definir cuando y como se le antoje cuales conductas deben ser consideradas como delito ni tampoco es libre de reprimir indiscriminadamente esas conductas con las penas y medidas de seguridad que arbitrariamente decida imponer sin lesionar al mismo tiempo con ello el principio de prohibición del exceso (*Übermaßverbot*).

En este sentido resulta ilustrativa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán (*Bundesverfassungsgericht*), el cual en una serie de sentencias ha elevado el principio de la prohibición del exceso al rango de norma rectora de toda actividad estatal²⁰.

Según la doctrina alemana mayoritaria, la prohibición del exceso se deduce de *manera necesaria* del principio del Estado de dere-

Albrecht, Winfried Hassemeyer y Michael Voá, Baden-Baden, Nomos, 1992.

¹⁹ La expresión, sumamente gráfica, es de: ALBRECHT, Peter-Alexis, op.cit. (supra nota 6), p. 256.

²⁰ Sobre el punto: STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, C.H. Beck, 1984, p. 861.

cho²¹. Ello tiene importantes consecuencias prácticas. Pues si la prohibición del exceso es un elemento esencial del Estado de derecho, de forma tal que éste no se puede concebir sin aquella, entonces no resulta necesario para aplicar el criterio de la prohibición del exceso el que éste se encuentre previsto expresa o implícitamente en la ley. Más bien se trata de un criterio rector de toda actividad creadora de derecho, especialmente de la legislativa²².

6.2. *Idoneidad, carácter necesario y proporcionalidad*

El principio de la prohibición del exceso señala que las intervenciones legislativas en el ámbito de la esfera privada sólo son admisibles en la medida en que siendo indispensables para la tutela de los intereses públicos sean además: a) idóneas, b) necesarias y c) proporcionadas.

Idoneidad significa que los medios de que se vale el legislador deben ser razonablemente adecuados para alcanzar la meta legal propuesta²³. En especial debe analizar el tribunal constitucional si las medidas adoptadas por el legislador son inapropiadas o inútiles para alcanzar y fomentar el fin o fines perseguidos por la ley.

La jurisprudencia constitucional alemana también ha dicho que el principio de la prohibición del exceso significa que las medidas legislativas de intervención en la esfera privada no sólo deben ser adecuadas para lograr el fin propuesto por el legislador, sino también deben ser *necesarias* en el sentido de que el fin legislativo no pueda ser realizado de una manera menos gravosa para la persona²⁴.

Finalmente se requiere que el peso de los deberes que se hacen recaer sobre los ciudadanos como consecuencia de la intervención legislativa esté en relación de razonable proporcionalidad con las ventajas que se derivan para ellos mereced a la intervención del legislador²⁵. Si la medida resulta "inexigible", "desproporcionada" o "excesiva" de conformidad con este criterio es contraria a la Constitución²⁶.

²¹ Ibid.

²² Ibid, p. 864.

²³ BVerfGE, 35, 382 (401). Se refiere a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht), citado aquí y en lo sucesivo según el número de tomo, sentencia y página.

²⁴ BVerfGE, 39, 156 (165); 57, 250 (270).

²⁵ BVerfGE, 38, 281 (302).

²⁶ STERN, Klaus, op.cit., (supra nota 17), p. 866.

En resumidas cuentas puede decirse que el referido principio obliga a la observancia de una razonable relación medio-fin, sobre todo en aquellos aspectos que tienen que ver con la limitación de los derechos fundamentales²⁷.

El principio de la prohibición del exceso cobra una enorme importancia en relación con él del derecho penal, en virtud de las gravosas consecuencias que las sanciones penales acarrearán para los sujetos que tienen que sufrirlas. Y puede afirmarse que el precio que hay que pagar por convertir al derecho penal en una tecnología social es, a menudo, la creación de un sistema de represión excesivo, cuya constitucionalidad es cuestionable.

7. *Dos distinciones*

La doctrina reciente propone además una doble estrategia para reaccionar ante la criminalidad: se sugiere distinguir entre un aumento meramente cuantitativo de la delincuencia y uno cualitativo. En segundo término se propone una consecuente distinción entre prevención normativa y prevención técnica.

7.1. *Aumento cuantitativo y aumento cualitativo de la delincuencia*

La primera estrategia consiste en establecer, como ya se dijo, una distinción entre un mero aumento *cuantitativo* de la criminalidad y uno de carácter *cualitativo*. La doctrina afirma que ambos fenómenos se diferencian en cuanto a las causas que les dan origen y requieren diversas estrategias de prevención y represión²⁸. El aumento cuantitativo de la delincuencia se presenta con el fenómeno de la llamada delincuencia en masa (*Massenriminalität*). Un aumento cualitativo de la delincuencia podría marcarlo la aparición del fenómeno de la criminalidad organizada, entendida ésta en su sentido estricto, esto es, como aquella que tiene por fin acceder y controlar precisamente a aquellas instituciones que tienen por objeto el combatir la criminalidad: policía, ministerio público, tribunales, sistema penitenciario. "Lo propio de la criminalidad organizada es la paralización del brazo que se encarga de combatirla; con la corrupción del aparato estatal aparecería verdaderamente una nueva forma de criminalidad"²⁹.

²⁷ Ibid, p. 863.

²⁸ HASSEMER, Winfried, *Rechtsstaatliche Grenzen der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Frankfurt a.M., Manuscrito de la conferencia pronunciada ante la Europäische Rechtsakademie Trier, 1994, p. 1 ss.

²⁹ Ibid., p. 2.

El sentimiento de inseguridad de la población y su temor frente a la posibilidad de ser víctima de un delito se basa, en lo fundamental, en un aumento cuantitativo de la criminalidad, que se manifiesta sobre todo en delitos tales como el robo de vehículos, robos practicados en las viviendas o en la vía pública (llamados popularmente "carterazos"), bandas juveniles, etc.

Ahora bien, el hecho de que los delitos se realicen de manera profesional, por medio de bandas, a nivel internacional, con el empleo de moderna tecnología o incluso con el empleo de medios financieros considerables, no representa, en general, nada cualitativamente nuevo, sino tan sólo, como lo afirma la doctrina de comentario³⁰, un aumento cuantitativo de las prácticas delincuenciales comunes. Para la represión de este tipo de criminalidad bastarían por lo general las leyes penales existentes (en lo fundamental el Código Penal, Procesal Penal y leyes conexas). A lo sumo se requiere una cuidadosa adaptación, pero no la sustitución de los principios clásicos garantes de los derechos fundamentales³¹. Sólo para combatir un aumento cualitativo de la delincuencia, en especial al fenómeno de la criminalidad organizada, podrían resultar necesarias medidas más enérgicas.

7.2. *Prevención normativa y prevención técnica*

La distinción entre prevención normativa y prevención técnica es también importante. Por prevención normativa se entiende aquella que tiene lugar por medio de la creación de delitos y sanciones jurídico-penales. La segunda es aquella que combate la criminalidad con una serie de medidas de carácter técnico que tienden a eliminar los supuestos fácticos que favorecen las conductas delictivas. En este sentido se ha propuesto recientemente como alternativa al recrudescimiento de la prevención normativa un mejoramiento de las medidas de prevención técnica. Por ejemplo: para combatir fenómenos de corrupción en la administración pública no haría falta crear más delitos y agravar las penas existentes, sino adoptar medidas de reorganización administrativa que hagan desaparecer o modifiquen las estructuras que favorecieron el surgimiento de los problemas de corrupción. O bien: para combatir el problema de la droga es necesario hacer desaparecer el mercado ilegal, a lo que podría contribuir, paradójicamente, su legalización.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

8. *Crítica de la crítica*

Las soluciones antes expuestas, por más sugerentes que puedan ser, no dejan de ser en el fondo insatisfactorias.

8.1. *Crítica del principio de prohibición del exceso*

El principio de prohibición del exceso, aplicado al derecho penal, quiere suministrar un parámetro de crítica de las políticas criminales excesivas. Pero las posibilidades reales que ofrece este principio para controlar el aumento de la represión estatal no deben sobreestimarse. En efecto, lo que es "idóneo", "necesario" y "proporcionado" no puede apreciarse de manera absoluta. Algo es idóneo, necesario y proporcionado sólo para determinados sujetos, en determinado tiempo y en determinado lugar. De forma tal que - dependiendo de los sujetos, los tiempos o la sociedad - podría estimarse incluso que la supresión de derechos fundamentales de los individuos (por ejemplo, la pena de muerte) es necesaria para combatir la delincuencia. Ahora bien, estas restricciones o supresiones de los derechos fundamentales resultan inadmisibles, como se expondrá más adelante, si se parte de la perspectiva de un derecho penal democrático. Por lo demás, no debe perderse de vista que el principio de prohibición del exceso pierde su carácter crítico y se convierte en un elemento de legitimación del control social, en aquellos casos en los que el Tribunal Constitucional señala que las medidas adoptadas por el legislador *no son excesivas*.

8.2. *Crítica de las distinciones cantidad - cualidad y prevención técnica - prevención normativa*

La distinción entre el aumento cuantitativo y cualitativo de la criminalidad es doblemente criticable. En primer término, porque se contenta con afirmar que para reprimir un aumento cuantitativo de la criminalidad bastan las leyes existentes, con lo cual se deja sin problematizar el sistema de represión existente. Por otra parte, sugiere que ante un aumento cualitativo de la criminalidad se pueden utilizar medidas más enérgicas. Ahora bien, estas "medidas más enérgicas" suponen, de manera general, un ataque a los principios del Estado de derecho.

Al concepto de prevención técnica también se le pueden hacer varios reparos: 1) no debe olvidarse que toda medida de prevención técnica, en tanto que provenga de algún ente público, debe estar amparada por alguna norma

del ordenamiento jurídico. A ello obliga el principio de legalidad administrativa. Por tanto, las medidas técnicas tienen también una base normativa, 2) por otra parte, debe tenerse cuidado en no caer en la trampa de que las medidas técnicas vengan a resultar más peligrosas que las estrictamente normativas. En efecto, un aumento considerable de la intervención estatal redundará, en general, en detrimento de la libertad individual y en beneficio del sistema de control oficial.

9. La perspectiva de un derecho penal democrático

9.1. Derecho penal y democracia

Conviene primero que nada relacionar dos conceptos: derecho penal y sociedad democrática.

El derecho penal constituye un conjunto de normas cuya estructura lógica está constituida por un supuesto de hecho (comportamiento que la norma define como delito o contravención) y un efecto jurídico (que es siempre una valoración jurídica del comportamiento definido como delito). El efecto jurídico propio de las normas jurídico-penales se resuelve en el deber ser de una sanción que consiste siempre en una pena o en una medida de seguridad.

En la estructura lógica de la norma jurídico-penal se relevan así dos problemas que merecen resaltarse: el del poder de definición del comportamiento como delito o contravención y la represión que se revela en la sanción que se liga a tal comportamiento y que lleva implícita una lesión de los derechos fundamentales de la persona.

Por sociedad democrática entiendo aquella en la que todo ciudadano tiene la *oportunidad*: 1) de desempeñarse potencialmente tanto en el rol de legislador como de destinatario de normas, 2) de participar en los procesos de decisión de los problemas de la comunidad, y en la que 3) el fundamento último de legitimidad de toda decisión o institución política o jurídica radica en el hecho de que es producto de una discusión en la que todos los miembros del conglomerado social han podido tomar parte.

9.2. La idea de un derecho penal democrático como parámetro crítico del sistema penal

De la unión de estos conceptos -derecho penal y sociedad democrática- se sigue, en lo que aquí interesa, un parámetro para criticar: 1) la legitimidad de las medidas de represión jurídico-penales y 2) determinar el límite mismo de

la represión jurídico-penal.

Las sociedades modernas son, en realidad, sociedades de minorías, en el sentido de que se componen de una serie de grupos y subgrupos muy heterogéneos, cada uno de los cuales se rige por sus propias representaciones del mundo y de lo que se considera valioso o no. La llamada "cultura oficial" no es la cultura de todos, ni siquiera de la mayoría. La cultura oficial es también cultura de minorías, precisamente la de aquellas que han logrado elevar sus propias representaciones al rango "oficial".

La existencia de una cultura oficial supone necesariamente la presencia de una serie de representaciones culturales que no son oficiales y que, por tanto, concurren con aquella. Como la cultura oficial a menudo se encuentra revestida del poder definitorio de lo que debe ser considerado valioso o no, no es raro que la relación entre la cultura oficial y las subculturas que existen a su lado se traduzca en *represión*, la que se resuelve a favor de la primera y en detrimento de las segundas. Por esta razón es frecuente que el fenómeno de la represión se presente como una específica variante de las relaciones de poder entre minorías concurrentes. La represión tendría su origen cuando por diversas razones de orden sociológico una minoría alcanza el poder de definición relativo a que conductas deben ser sancionadas como desviadas, nocivas, perjudiciales, etc. y priva de validez a toda otra manifestación cultural.

La represión llega a uno de sus puntos más problemáticos cuando una minoría alcanza el poder de definir cuales conductas se consideran delitos, cuales son sus consecuencias y quienes deben ser considerados delincuentes.

En una sociedad democrática, por el contrario, el poder de definición relativo a las conductas que deben considerarse como delitos y a las sanciones que se aplican como consecuencia de aquellos, debe ser objeto de crítica por parte de todos los grupos que componen la sociedad. Todo ciudadano en su doble rol de legislador potencial y destinatario de normas debe poder participar activamente en la crítica y problematización de dicho proceso de definición.

La política criminal, la dogmática penal y en general las ciencias penales, en su calidad de discursos especializados en la tematización de los problemas criminales, juegan en los procesos de definición de los delitos y las penas un papel de gran importancia. Con todo debe señalarse que en una sociedad democrática el dis-

curso de las ciencias penales no puede reclamar una absoluta autoridad epistemológica en lo que concierne a la comprensión de la criminalidad y los medios de combatirla. No existe una "realidad allí afuera", que "la ciencia" capta y la presenta como verdad revelada a los mortales. La ciencia en general no hace en el fondo otra cosa que producir una nueva realidad, que concurre con las producidas por otros discursos sociales (moral, cultura, política, economía, etc.) y las producidas por las conciencias de los sujetos individuales. En una sociedad democrática debe siempre existir, en consecuencia, la posibilidad de que el discurso de las ciencias penales sea problematizado no sólo "desde adentro", es decir, por los teóricos de las ciencias penales, sino también desde afuera, por todos los sectores de la población interesados o afectados por los problemas criminales.

En el concepto de sociedad democrática va implícita una barrera de la represión jurídico-penal: esta no puede llevarse al extremo de que dificulte o ponga en peligro la existencia misma de los procesos democráticos de decisión y entendimiento.

Sin querer ser exhaustivo en este punto, creo que la represión jurídico-penal hace peligrar esos procesos democráticos cuando menos en los siguientes casos:

cuando pone en entredicho la existencia de aquel derecho humano primigenio del que hablaba Kant, a saber, el derecho de toda persona a participar de las mismas libertades de que gozan todos los demás sujetos³². Tal sería el caso de una política criminal racista, aún cuando refleje la opinión de la mayoría;

cuando la represión se traduce en un obstáculo para que determinados grupos de personas se desenvuelvan como *miembros activos* de la colectividad y participen en los procesos políticos, económicos, etc. Tal es el caso de la criminalización de determinadas formas o estilos de vida (homosexualidad entre adultos, consumo de drogas, confecciones religiosas o creos políticos);

cuando la represión se traduce en una nor-

³² "Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht". KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, en: *Werkausgabe*, editado por Wilhelm Weischedel, Frankfurt a.M., Suhrkamp, T. VII, 1977, p. 345.

ma de las garantías jurídico-procesales, pues en este caso se niega o reduce la posibilidad de hacer justicia, sin la cual ninguna sociedad democrática puede existir.

El ejercicio de los derechos fundamentales del ser humano (políticos y sociales) es lo que hace posible el intercambio efectivo de ideas y la formación de discursos que problematizan los diversos campos del quehacer humano. Y el desarrollo dinámico de estos discursos da lugar a su vez al nacimiento de los procesos democráticos, los que son responsables de la creación legítima del derecho. Por ello no pueden limitarse sistemáticamente los derechos fundamentales de las personas, sin que se afecte a su vez el carácter democrático de una sociedad. De aquí se sigue, entre otras cosas, la prohibición de la pena de muerte, que es la negación absoluta de toda posibilidad de desarrollo de la propia personalidad, de la pena de prisión y general de las penas perpetuas o excesivamente largas. Todas ellas se traducen en obstáculos insalvables para que determinadas personas o grupos de personas se integren efectivamente a los procesos de discusión democráticos.

10. Cuatro peligros o las trampas de una política criminal "bien intencionada"

Con todo, esta manera de razonar esconde cuatro peligros. En primer término, puede fácilmente transformarse en un medio de legitimación de la opresión de las clases menos favorecidas de la sociedad. En segundo término, no da respuesta precisa al problema de si el castigar puede armonizarse realmente con la idea del Estado de derecho y de democracia. En tercer lugar, no dice que hacer en los casos en que determinadas personas o grupos, de hecho o por razones jurídicas, quedan totalmente excluidos de participar en los procesos democráticos de decisión. Por último, no explica como es posible racionalizar aquello que es irracional: el sistema de control social. De manera tal que es necesario complementar la tesis de un derecho penal democrático, con las siguientes observaciones.

10.1. Escatología penal

El discurso del derecho penal mínimo no es inofensivo. Esconde en realidad una trampa muy peligrosa. Dicho discurso señala que el derecho penal, esa "espada afilada" del Estado, sólo debe intervenir: 1) ante las violaciones más graves, 2) de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad y 3) cuando las demás ramas del ordenamiento jurídico han fracasado en el in-

tento de defender los bienes en juego. Ahora bien, como el derecho penal está diseñado sólo para resolver -y mal- los conflictos individuales de carácter tradicional, resulta que el discurso del derecho penal mínimo supone una advertencia para que se renuncie a la pretensión de controlar por medio del derecho penal la criminalidad económica, ecológica, la criminalidad de las grandes empresas, en una palabra: la criminalidad de los poderosos. En estas circunstancias el llamado para reducir el derecho penal al mínimo necesario, se resuelve en última instancia en una lucha por reforzar el carácter *clásico típico del derecho penal liberal*. Reducción de la represión significa entonces represión de las conductas tradicionales, de la clientela tradicional del derecho penal, en una palabra, de las clases y grupos pertenecientes a los estratos inferiores de la sociedad. Un llamado en favor de la constitución de un derecho penal democrático entraña, en estas circunstancias, una burla siniestra. Pues significa llamar a las clases desfavorecidas a participar en una discusión que desde el principio no tiene otro fin que el de criminalizarlas. Es como pedirle al que debe ser ahorcado que se coloque la soga en el cuello, o decirle a alguien que cabe su propia tumba. La sonrisa de beneplácito del sistema penal ante la idea de su democratización es la del sepulturero que se alegra al ver que los deudos cargan el féretro del pariente difunto, porque ello significa trabajo para él. La lucha por un derecho penal democrático se inserta así en esa dialéctica del bien, que engendra el mal como su propia negación.

Por eso la idea de democratizar el proceso de definición de los delitos y las sanciones sólo puede escapar a esa trampa en la medida en que se toma conciencia de la existencia de esta dialéctica bien-mal y se transforma el proceso de discusión democrática de los delitos y las penas no en un instrumento de *legitimación* del sistema penal, sino en uno de *crítica y de deslegitimación*, fundamentalmente de aquellas relaciones de represión que ejerce una minoría sobre las demás que componen la sociedad.

Yo creo que un proceso democrático de discusión del poder punitivo debe tomar el cause de una crítica del poder de definición el cual, como lo advirtiera Walter Benjamin en un célebre ensayo, reposa en última instancia en un ejercicio de violencia³³.

³³ Ver: BENJAMIN, Walter, Zur Kritik der Gewalt, en: *Gesammelte Schriften*, 2. Edición, Frank-

10.2. *Es humano el sancionar?*

Normalmente no se cuestiona si la idea de la pena, de la sanción, del castigar, está en realidad en armonía con la idea del Estado de derecho y de sociedad democrática. Los tratados tradicionales dedican largas páginas a la teoría de las penas. Pero raramente se repara en el hecho de que la pena de prisión es en sí misma algo profundamente degradante e inhumano. La pena de prisión trae siempre aparejado un mal irreparable para quien la sufre: el tiempo y las oportunidades perdidas. Una sociedad que tolere que existan grupos de personas privadas de su libertad en el fondo deja de ser democrática, pues las personas sin libertad no son sujetos del discurso democrático. Derecho penal democrático no supone que todos se pongan de acuerdo para crear más delitos sancionados con penas privativas de la libertad o que aumenten los límites mínimos y máximos de las ya existentes. La discusión democrática de las sanciones debe llevar más bien a eliminar todos aquellos impedimentos para que toda persona pueda participar plenamente en los procesos democráticos. Esta discusión debe conducir especialmente a la institucionalización de penas alternativas, que regirían en lugar de la pena de prisión y en los casos en que el proceso de deslegitimación del sistema penal no haya llegado al grado de la descriminalización -siempre deseable-, de la conducta³⁴.

10.3. *El derecho a ser desobediente*

Por otra parte debe reconocerse un derecho a la desobediencia civil, que estaría fundado en aquellos casos en que determinadas personas o grupos han quedado excluidas de la participación en los procesos democráticos. Este es el caso, por ejemplo, de las minorías reprimidas por el Estado. El reconocimiento de un derecho -moral y jurídico- a la desobediencia civil, es el resultado necesario de afirmar el fundamento de legitimidad de las normas jurídicas en los

furt a.M., Suhrkamp, T. II.1, 1989, pp. 179 ss.

³⁴ Sobre el problema de la sustitución de la pena de prisión, véase: LÜDERSEN, Klaus, *Stufenweise Ersetzung der Freiheitsstrafe*, en: *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*. Editado por Winfried Hassemer, Frankfurt a.M./Bern/New York, Peter Lang Verlag, 1987, pp. 83 ss.; Luzón Peña, Diego-Manuel, *Die Ersetzungsformen der Freiheits- und anderer Strafen in der spanischen Strafrechtsreform*, en: *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*. Editado por Winfried Hassemer, Frankfurt a.M./Bern/New York, Peter Lang Verlag, 1987, pp. 103 ss.

procesos de discusión democráticos. En efecto: las normas jurídicas no pueden imponerse legítimamente a aquellos que no han podido tener la posibilidad de discutirlos. Y si la aplicación de la norma es ilegítima, debe tenerse el derecho de oponerse a su aplicación.

10.4. *La sospecha como método*

Con todo, no encierran estas elucubraciones otra trampa? Pues, no es en el fondo contradictorio querer racionalizar lo que por principio no es racional, es decir, la venganza organizada e institucionalizada en manos del Estado? Como es posible interactuar racionalmente con lo irracional, sin correr a su vez el riesgo de irracionalizarse o, lo que es todavía peor, de llegar a encontrar la razón en la sinrazón? Yo creo

que para evitar ese riesgo conviene elevar la sospecha a rango de principio y afirmar que la razón es siempre la máscara de la sinrazón. Toda institución, incluso aquellas que afirman ser razonablemente democráticas, deben someterse a la prueba de la sospecha de ser irracionales. Yo creo que esto conduce a rechazar toda pretensión de darle a las instituciones -cualquiera que éstas sean- un fundamento esencialista. Tan sólo queda la posibilidad de buscar fundamentaciones de tipo procedural. Es decir, tan pronto como se someten las instituciones y las ideas al "torbellino de la problematización"³⁵, no quedan más que procesos de discusión en los cuales unos argumentos sustituyen a otros en un proceso permanente de renovación y crítica.

³⁵ Sobre el papel esencialmente crítico de una moral racional, véase: HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992, p. 145.