EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IX, número 20 (2025), pp.24-43.

ARTÍCULOS: NÚMERO ESPECIAL – "CONTRA LA CORRIENTE" DE FEDERICO MORGENSTERN

SI FUÉRAMOS NATURALMENTE DESIGUALES, LA LEGALIDAD NO TENDRÍA QUE SER LA MISMA PARA TODOS. A PROPÓSITO DE UN LIBRO CLARO EN TIEMPOS OSCUROS

Juan Antonio GARCÍA AMADO*

Fecha de recepción: 28 de abril de 2025
Fecha de aceptación: 29 de septiembre de 2025

Resumen

Este ensayo, a partir de una lectura del libro "Contra la corriente", critica la degradación del Estado constitucional contemporáneo que se produce cuando la moral social y los supuestos defensores de los derechos humanos socavan la universalidad de las garantías jurídicas. El autor sostiene que la sustitución de la obligación política por exigencias morales particulares y la elevación de la víctima o del "moralmente superior" como criterio penal conducen al punitivismo selectivo, al derecho penal del enemigo y a la acción negativa: tratos desiguales que fracturan la igualdad jurídica. Se defiende un retribucionismo mínimo kantiano compatible con la dignidad igual de todas las personas y se aboga por mantener el equilibrio entre razones retributivas y preventivas dentro de los límites democráticos y constitucionales. Por último, en el ensayo se reclama recuperar la distinción entre obligación moral, política y jurídica y se reivindican las garantías procesales y la legalidad como límites contra la tiranía y la arbitrariedad estatal.

Palabras clave: derechos humanos, garantías legales, obligación política, moral, Estado de Derecho

Title: If We Were Naturally Unequal, Then the Law Should Not Be the Same for Everyone.

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de León.

Abstract

This essay, based on a reading of "Contra la corriente," criticizes the degradation of the Rule of Law when social morality and the supposed defenders of human rights undermine the universality of legal rights. The author argues that replacing political obligation with particular moral demands and elevating the victim or the "morally superior" as criminal criteria leads to selective punitivism, enemy criminal law, and negative action—unequal treatment that fractures legal equality. The essay defends minimal Kantian retributivism, which is compatible with the equal dignity of all persons, and it advocates maintaining a balance between retributive and preventive reasons within democratic and constitutional limits. Finally, the essay calls for a return to distinguishing between moral, political, and legal obligations, defending procedural guarantees and legality as limits against state tyranny and arbitrariness.

Keywords: Human Rights, legal rights, political obligation, morality, Rule of Law

Sumario: I. Introducción II. Algo de filosofía política y unas pocas historias bien conocidas II. Cuando los buenos también son malos. O de cómo negar y anular el Estado constitucional, democrático y social de derecho a base de premiar a los justos con derechos y castigar a los injustos arrebatándoselos IV. Bibliografía

I. Introducción

A este breve escrito mío le da pie el libro de Federico Morgenstern titulado *Contra la corriente*.[1] No tengo autoridad de ningún tipo ni conocimientos suficientes para entrar en análisis detallados o en valoraciones precisas sobre la peripecia social, política y jurídica que en esta obra magistralmente se relata. He aprendido mucho con esta lectura y, sobre todo, me he ratificado en la vieja convicción de que la perspectiva académica solo es compatible con la pluralidad de puntos de vista, el debate bien temperado y la actitud personal que sea capaz de elevarse un tanto sobre bandas, bandos y banderías. La deliberación social sobre los temas cruciales de interés común necesita de la aportación de profesores y profesionales expertos de toda clase, pero esa contribución la omitimos muchas veces por causa de nuestras guerras gremiales, nuestras disputas doctrinales de poca monta o nuestros tortuosos temperamentos.

[1] MORGENSTERN, Federico, *Contra la corriente. Un ensayo sobre Jaime Malamud Goti, el Juicio de las Juntas y los procesos de lesa humanidad*, Buenos Aires, Ariel, 2024.

En relación con la apasionante temática de este libro, solamente me siento mínimamente legitimado para plantear algunas hipótesis generales o hacer un diagnóstico muy amplio, pero tomo pie en el caso argentino, tan bien relatado en el libro, y aspiro a que mis modestas consideraciones puedan aportar alguna luz para ese caso o para otros y para muchos de los asuntos en los que el sereno debate jurídico y la atención a la Constitución y sus presupuestos están siendo desplazados por moralinas de cuestionable peso y por politiquerías de cínica impronta. Corren malos tiempos para el derecho constitucional no metafísico y manipulable al antojo de las ideologías de baratillo, para la ecuanimidad como actitud adulta y para un debate público no condicionado por inquisidores, censores, canceladores y zascandiles. Es lo que en el fondo siento y desearía firmemente estar bien equivocado.

II. Algo de filosofía política y unas pocas historias bien conocidas

En la actualidad, no es fácil ubicar la filosofía política y explicar su cometido. Como rama de la filosofía, va perdiendo fuelle y empuje, por razones que no me compete averiguar, pero que tal vez tengan que ver con un extraño movimiento de acción y reacción que cruza la filosofía del siglo XX y llega hasta hoy.

Por una parte, los planteamientos del positivismo filosófico más duro y de la filosofía analítica más etérea tienden a ver como pseudoproblemas o como alucinaciones intelectuales las grandes cuestiones y las tesis principales de la filosofía política. Pero ese positivismo filosófico que hace voto de castidad social ha tenido su contrapunto en una llamada "rehabilitación de la razón práctica" que, a la postre, ha significado la remoralización extrema de todo lo relacionado con el derecho y el Estado. En otras palabras, primero la filosofía política fue expulsada del templo filosófico y luego, cuando parecía que, vía RAWLS, se iba a tener un renacimiento, fue colonizada por moralistas no siempre ilustrados que se pasan el día pontificando a pelo sobre lo bueno y lo malo, lo decente y lo indecente, lo digno y lo indigno, de manera tal, que las etiquetas morales se reparten para todo con el celo y la minucia con que en los tatuadores nos marcan la piel con dibujitos.

So pretexto de un objetivismo moral de corte constructivista, el profesorado más pugnaz y menos leído (solo ese, no digo todo el profesorado o todos los profesores de tal o cual orientación doctrinal) clasifica a los colegas y ciudadanos como buenos y malos de modo similar a como el dueño del rancho marca a fuego a los terneros en su hacienda. La cosa pintaba bien en el inicio, pues los RAWLS, HABERMAS, APEL y compañía andaban buscando los patrones normativos de la racionalidad común y tratando de fundamentar las reglas de un diálogo imprescindible para la convivencia razonable entre los diversos, pero los epígonos se tornaron en etiquetadores a sueldo y descalificadores enfebrecidos. De pronto, aquel meritorio universalismo, tan ansiado, se topó con el enemigo íntimo, los de otros bandos, y decidió que, en democracia, los que en igualdad

dialogan no pueden ser tan distintos y que a los diferentes del todo hay que mandarlos con la música a otra parte.

Y vino a ser así como la filosofía política fue bastante olvidada también en las facultades de derecho y sus doctrinas quedaron reemplazas por las prédicas banales de quienes hacen del sermón moral oficio y sienten que el señalamiento de malos y el acoso a enemigos es parte sustancial de su compromiso con la razón práctica de todos y con los derechos humanos que nos parecían comunes y por igual compartidos y que, al fin, acaban siendo rentabilizados y apropiados discursivamente por los que son más dados al dogmatismo y a la discriminación que al diálogo serio y a la tolerancia.

Pero, ay, sin filosofía política dejamos de entender el Estado en que vivimos y nos convertimos en esto que tantísimo abunda a estas alturas: férreos defensores de los derechos humanos que los vulneran sin mala conciencia. Así que permítase un somero y elemental repaso a las cuestiones filosófico-políticas primeras y al tipo de Estado en que parecía que vivíamos y que desde aquellas filosofías se justificaba.

Dos son, creo, los grandes asuntos de los que se ocupa la filosofía política. Uno es el de los repartos sociales, lo que se viene llamando la justicia distributiva. Se quiere discernir cuál es la más adecuada y racional distribución de beneficios y cargas dentro del grupo social, por expresarlo con lenguaje cercano al de RAWLS, su gran tratadista en el último tercio del siglo XX. El otro es el problema de la legitimidad, la cuestión sobre qué condiciones debe reunir el poder político para ser razonablemente merecedor de la obediencia de los gobernados a las normas que dicta y las órdenes que emite.

En realidad, si bien se piensa, la filosofía política tiene la llamativa tarea de marcarnos cuándo hay o no hay razones para que colectivamente nos rebelemos, sea contra la distribución social de la riqueza, sea contra la distribución social del poder. Tal vez por eso, la oclusión actual de la filosofía política por causa del imperio de la ética y los "éticos" tiene efectos devastadores para el orden social, pues se da por sentado que las razones para la obediencia solo pueden ser las que de la conciencia de cada cual emanen, y a los ciudadanos se les está insinuando que se agrupen por tribus en razón de los ideales morales de cada grupo particular, en lugar de sentirse leales con el Estado que les permite vivir en igualdad en tanto que moralmente diversos e idénticamente dignos, pese a tal diversidad a la hora de imaginar qué sea lo bueno y lo justo. Desplazada la obligación política por la obligación puramente moral emanada de la conciencia de cada uno y condicionada la naturaleza de lo jurídico por su compatibilidad con lo que le parezca justo a cada cual y crea cada uno que deberían todos pensar si fueran racionales (las paradojas del constructivismo), queda sin sustento el Estado constitucional y quedan las normas jurídicas de todos sometidas al albur de cada cual, que ahí solamente puede ser el albur de la voluntad de quienes eligen a los jueces. En el Estado constitucional de derecho y de derechos, la ciudadanía

sabe diferenciar y combinar en su razonamiento la obligación moral, la obligación política y la obligación jurídica. Cuando esa capacidad analítica es hurtada al pueblo y combatida por los profesores, la alienación hace estragos y encuentra la tiranía su terreno mejor abonado. Hoy tenemos ejemplos por docenas, aunque apenas haya académicos dispuestos a pedir disculpas por haber sido compañeros de viaje del autoritarismo o por haber hecho de ingenuos quintacolumnistas del despotismo poco ilustrado.

No me ocuparé aquí de la justicia distributiva, solo trataré la cuestión de la legitimidad del poder. Y no resulta ocioso recordar primero que en las organizaciones políticas premodernas el poder legítimo era el que servía a la verdad, verdad que por entonces solo podía ser a fin de cuentas una, la verdad religiosa. El orden social medieval era visto como directamente querido y creado por Dios mismo y ponerlo en duda o tratar de sustraerse de las normas resultantes era simultáneamente blasfemia y delito, pecado supremo y gravísimo ilícito jurídico.

Ese orden medieval incuestionable era naturalmente desigual. Dios había puesto a cada cual en su sitio y no pueden regir para todos *por igual* las mismas normas, ya que no es el mismo el poder que a cada estamento le corresponde. Unos tienen, por razón del grupo en el que nacen, cualidades morales más altas que otros y, en consecuencia, habrá de corresponderles un estatuto político y jurídico más elevado. Y, en el origen de todo, la razón y voluntad de Dios, cuyo acatamiento será para el humano garantía de pasar por esta vida sin percance realmente grave y de alcanzar en la otra la beatitud de los justos.

Pero llegó LUTERO y mandó a parar. Con la Reforma protestante estallan las guerras de religión y cada bando contendiente, católico y protestante, se dedica a matar por amor a Dios. Ya no hay un derecho natural común[2] y la cuestión de cuál es el orden por Dios querido no puede resolverse mientras no quede por las malas claro cuál es el Dios que manda, que será el Dios verdadero. Si el Dios de cada bando es distinto, por definición será verdadero el Dios del que en la guerra gane y extermine a los que siguen al otro Dios, pues en su suprema sabiduría y su supremo poder, no dejará el Dios de verdad que los suyos pierdan y que los suyos mueran a manos de infiel.

Y es aquí donde la genialidad filosófico-política de Bodino pergeña el Estado moderno, que será filosóficamente sustentado por HOBBES más tarde, también en un contexto de violencia

[2] Por eso el gran mérito del racionalismo, tal como en Grocio se expresa, consistió en buscar un derecho natural exento ya de su base teológica y expuesto como presente por igual en cada persona, al margen de su fe, y cognoscible por todos en tanto que poseedores de una razón común que puede ver más allá de las contingencias individuales y las coyunturas colectivas.

política, miedo y necesidad de erigir un poder pacificador entre los que se matan por sus respectivas convicciones religiosas, políticas o morales. Para evitar el exterminio de un grupo a manos del otro es necesario un poder estatal que no sea de ninguno y que no se deba a ninguna fe, sino a su misión secular de imponer la paz mediante la fuerza, de usar su temible coacción para evitar que las personas se maten entre sí. Nace, pues, la idea definitoria del Estado moderno, la de soberanía, y allí donde antes los individuos tenían políticamente por encima del todo a Dios, ahora solamente tienen al Estado. Y puesto que el Estado ha de ganarse la obediencia y evitar la rebelión, y ya que contra la rebelión de todos no hay fuerza que resista, el Estado tendrá que legitimarse ante sus súbditos aportándoles algo que necesitan y quieren: la seguridad. Ha nacido, pues, el Estado moderno, justificado por su misión de imponer la paz por medio de la violencia o de su amenaza. A eso se llamará en adelante el monopolio legítimo de la violencia o la coacción por el Estado.

Así pues, caída la homogeneidad religiosa y ante el terror de las guerras de religión, el poder político se seculariza y tiene que procurarse razones de respeto que no sean las del respeto a Dios, pues cada cual tendrá su Dios, pero hace falta un poder político capaz de mantener el orden entre los que creen distinto. La unidad política como contrapartida a la pluralidad religiosa. O matamos o "inocuizamos" a los otros, a los que se acogen a ideales distintos de los nuestros, para honrar así la Verdad, o separamos el poder de la Verdad, convertida ahora en verdad, y lo ponemos al servicio de finalidades de este mundo, seculares y que podamos compartir, aunque discrepemos sobre el bien, la justicia y el más allá.

HOBBES terminó de darle forma a la idea y el Leviatán, sin dejar de ser terrible, se nos hizo necesario, pues sin él serían insoportables el miedo y el sufrimiento en este mundo. De tal manera, la seguridad, entendida como garantía de la paz y proscripción de la guerra y la agresión entre los súbditos, se tornó en el primer criterio de legitimidad del Estado moderno, por el momento como Estado absolutista, como Estado identificado todavía con la persona misma del monarca, sin freno jurídico y ante el que no se entenderá admisible resistencia ninguna, mientras asegure que los vecinos no nos van a matar, violar, robar, torturar, secuestrar…

Pero ¿y si es el Estado mismo el que, de mano de sus agentes, nos inflige tales males máximos? El monopolio de la violencia legítima lo tiene ahora el Estado y ese monopolio no es ya meramente simbólico o teórico, sino que se ha vuelto efectivo, porque ya del Estado y de nadie más son los soldados, las armas, las cárceles y las normas jurídicas. Aquí es donde aparecerán en escena los KANT, ROUSSEAU y LOCKE, y sentarán los cimientos de lo que todavía, y seguramente por poco tiempo, conocemos como Estado de derecho. Si el miedo a la guerra permitió construir el Estado absoluto como primera expresión del Estado soberano, ahora va a ser el miedo al Estado mismo el que propicie las filosofías que darán fundamento a un modelo de legitimidad nuevo para el Estado, al fin como Estado de derecho.

Recordemos que había perdido su justificación la desigualdad entre los seres humanos[3] como desigualdad natural en cuanto querida por Dios. Pero una nueva desigualdad radical se había asentado: la que se da entre los que mandan y los que obedecen. Si antes el abuso de quienes mandaban era posible por razón de su más alta entidad, ahora cabe que el que gobierna abuse simplemente porque puede, porque tiene cómo, porque maneja las armas y ordena a sus tropas. ¿Solución? Que el más alto poder no sea el de la política y los políticos, el del gobernante, sino el del derecho, y que las normas principales del derecho no las haga a su antojo quien tiene el gobierno, sino un soberano que ya no coincide con él: el pueblo. Pero esto tuvo varios pasos y tomó su tiempo.

En nuestro origen sigue KANT, porque para que el derecho controlara el poder político y para que el pueblo pudiera ser soberano, debíamos ser todos iguales en lo que más importa y tendría que saberse que el que manda no solo lo hace por delegación del pueblo, sino con los límites sentados en las normas que el pueblo soberano pone.

¿Iguales en qué? En dignidad. Y eso es KANT. Por diferentes que seamos en tantísimas cosas, a los humanos nos es común ese dato unificador que, a la vez, nos distingue de las bestias: la conciencia moral. Es mi conciencia la que me dice si hago bien o hago mal, la que, así, me hace ver que siempre tengo alternativas para mi conducta y que mis acciones son propiamente mías porque yo las elijo, en lugar de estar por completo determinado por la causalidad y los instintos, por pulsiones y reacciones que no controlo. De este modo quedó kantianamente fundada y fundamentada la libertad, la autonomía personal como atributo definitorio del hombre moderno. Soy libre porque tengo conciencia moral y la posesión de esa conciencia, que nos hace ontológicamente únicos a los humanos, es una posesión igual para todos, sean cuales sean los contenidos con que esté cargada la conciencia de cada uno. El que hace lo uno y el que hace lo otro, el que sigue unas ideas o el que se atiene a otras son en su libertad iguales, por cuanto que ellos pueden elegir y eligen. No es la verdad la que nos hace libres, es la libertad la que nos permite buscar la verdad. La verdad, en lo que la verdad sea, es la misma para una vaca o una trucha, pero a ellas la verdad nada les importa y a ellas en nada las afecta, porque ellas no son libres y hacen lo que hacen sin remisión ni alternativa. No son libres porque no pueden elegir, ya que no tienen conciencia moral ni necesidad de elegir con conciencia y deliberación. Antes, lo cierto era el mundo creado por Dios como realidad inmutable, y lo misterioso o difícil de encajar era esa libertad nuestra, libertad que era condición del pecado. Ahora lo misterioso es el mundo y

[3] Habría que decir más bien entre los "hombres", porque la mujer siguió durante más de un siglo viéndose como naturalmente desigual.

lo cierto es que somos libres y el mayor pecado es obrar sin reflexión, anulando la conciencia que nos vuelve autónomos.

De la mano de KANT y de la libertad moral como atributo humano esencial, llegamos a la formalidad de lo jurídico, y por eso yerran quienes hoy tanto insisten en que el formalismo que define el derecho es incompatible con la calidez y la humanidad profunda de lo ético. KANT hizo ver que en eso que más importa somos todos iguales, a esa igualdad la llamó dignidad y recordó que la dignidad como sujeto libre se le arrebata al que es tratado como un puro objeto, como un instrumento al servicio meramente de otros, de los ideales ajenos o de la sociedad entera.[4]

Si el poder nos quita la libertad, nos deja sin nuestra humanidad, nos deshumaniza. Por eso el Estado puede mandarnos, castigarnos, poner de mil maneras en la sociedad orden, pero con un límite absoluto: nuestra libertad constitutiva, esencial: nuestra dignidad. Y para que el Estado se frene allá donde la dignidad le pone sus límites, no han de bastar las apelaciones a la ética política, sino que se necesita el derecho. Hay que someter a los gobernantes a cortapisas que solo pueden ser reales y eficaces si son jurídicas.

Pero para que el poder tenga límites y esos límites puedan ser los que el derecho instaure, hay que romper el poder, hay que construir un Estado suficientemente complejo como para que, dentro de él, unos poderes puedan controlar y contrapesar a otros. Solo sembrando el enfrentamiento entre partes distintas del Estado se podrá mantener el dominio unitario de lo jurídico sobre lo político. Bien vemos por ese lado la huella de Montesquieu.

Y llega el turno de Rousseau. Hacer las leyes es ejercicio supremo de poder, pues son esas leyes las que van a controlar nada menos que al Estado y en todas sus manifestaciones y formas de actuar. ¿Solución? La democracia como vía procedimental para el ejercicio de la soberanía popular. Para que la ley no sea de nadie (su dueño sería el verdadero soberano personal), sino de todos, y esto únicamente se alcanza si de hecho la ley es elaborada entre todos. Porque, además, si en lo más relevante, en eso que llamamos dignidad y tiene su esencia en la libertad, somos todos iguales, nadie tiene más derecho que nadie a que la ley sea suya y refleje su personal preferencia: ninguna persona, ninguna familia, ninguna iglesia, ningún partido, ninguna creencia moral, ningún grupo de ninguna clase tiene tal derecho, y por eso la ley legítima, que pueda engendrar la obligación política de todos esos que piensan diferente y mantienen intereses contrapuestos, es la

[4] Por aquí podemos engarzar con el retribucionismo penal de KANT. KANT insistió en que la pena es homenaje que la sociedad rinde a la dignidad del delincuente, pues al castigarlo se le reconoce que actuó con libertad, que escogió hacer lo que hizo y que lo que con la pena se retribuye no es el mal en sí o el daño que con su acción pudo el que delinquió causar, sino el mal uso de su libertad. Volveré más adelante sobre ese tema.

ley democráticamente creada. Tanto más legítima, cuanto más puro el cumplimiento de los pasos procedimentales y de los presupuestos sustantivos para el ejercicio de la democracia.

De vuelta a KANT. Si en la dignidad, lo que más importa, todos somos iguales, en lo esencial para la vida de todas las normas han de ser para todos las mismas.[5] Si nadie es, en sí y en tanto que persona, superior o inferior a nadie, no puede haber un derecho contractual, un derecho de propiedad, un derecho penal o un derecho procesal por categorías o estamentos, sino el mismo para cada quien. Ha nacido la justificación para la igualdad ante la ley, lo que es tanto como decir el fundamento de la prohibición de la discriminación legal. En el Estado de derecho, basado en la igual libertad como idéntica dignidad de cada cual, las personas pueden ser distintas porque son igualmente libres, pero esas diferencias nunca tienen que verse como jerárquicas, y por eso la legalidad ha de ser para todos la misma y ha de ser una sola, en lo que a la dignidad de todos y cada uno importe. Así que, bajo lo que es, a la vez, el amparo y el límite de la legalidad están por igual los ricos y los pobres, las mujeres y los hombres, los flacos y los gordos y, para lo que hoy nos importa, los buenos y los malos, los decentes y los indecentes, las víctimas y los victimarios.

Naturalmente que la ley no va a tratar igual a las víctimas y a los victimarios, y en ese sentido la ley penal diferencia, pero diferencia por la distinta conducta de uno y otro y por las consecuencias para uno y otro, no porque víctima y victimario pertenezcan a categorías humanas ontológicamente diferentes que los hagan naturalmente merecedores de un estatuto legal diverso. Si la legalidad es única, bajo la legalidad estamos todos, no solo los justos, no solo los amigos, no solo los de nuestra tribu, no solo los que se tienen por moralmente superiores, no solo los que respetan o propugnan los derechos humanos. Porque defender los derechos humanos con base en excepcionar las garantías legales para los malos es la forma más paradójica, peligrosa y cruel de invalidar los derechos humanos. Los derechos humanos no son un privilegio moral o legal de los ángeles frente a los demonios, son el impedimento para que la sociedad se estructure estableciendo una fractura completa entre ángeles y demonios.

Ya tenemos, por tanto, al Estado moderno legitimándose como garante de la seguridad y de la libertad. De una libertad que, en cuanto patrimonio común de cada ser humano, solo puede ampararse en igualdad, bajo una legalidad única y no con una legalidad diferente para cualquier grupo social (incluido el grupo de los moralmente buenos o moralmente malos) o que permita excepciones en lo que igualmente nos es esencial. Pero nos faltan dos detalles para completar el panorama.

[5] Esto es compatible con que las normas jurídicas tomen en cuenta lo que, en lo no fundamental, hay de diferente en cada uno y en cada grupo. Nadie por ser alto o bajo, negro o blanco, albañil o profesor merece un trato penal distinto por un delito, pero todos pueden ser beneficiados penalmente si se prueba que obraron por miedo insuperable, por error, etc.

Por un lado, no debemos olvidarnos de MARX y el socialismo originario, especialmente el socialismo democrático, el no leninista. Bien nos dijo el MARX de *La cuestión judía* que la igual libertad está muy bien, pero que para que la libertad nominal y jurídicamente formal no se vuelva escarnio, hace falta también que los ciudadanos puedan vivir efectivamente esa vida libre que ya es jurídicamente libre. Ese Estado que se legitima por la seguridad, la libertad (incluida la libertad política) y la igualdad ante la ley, tiene que legitimarse también a base de hacer posible que los ciudadanos puedan efectivamente hacer lo que el derecho por igual les permite hacer. Y eso, en síntesis, significa que el Estado debe también, mediante servicios públicos, satisfacer las necesidades básicas de quienes no puedan pagar sus costes. Y así como de la seguridad como condición de legitimidad nace el Estado soberano y de la libertad como condición de legitimidad surge el Estado liberal de derecho, del servicio estatal a las condiciones sustantivas que permitan que los ciudadanos puedan materialmente ser autónomos emana le legitimidad del Estado como Estado social de derecho.

Con todo esto hemos ido viendo los vínculos ineludibles entre la filosofía política y el derecho, pues todo mecanismo de legitimidad exige unas estructuras de legalidad. Para que el Estado de la seguridad se implantara, hubo que hacer a los sistemas jurídicos funcional o estructuralmente autónomos; para que el Estado liberal de derecho se asentara, fue necesario hacer lo principal de los contenidos de lo jurídico resistentes a la voluntad política de los actores políticos, y para que el Estado social pudiera ser efectivo, hubo que reconocer como titulares de derechos a nuevos sujetos sociales colectivos y que dotar al aparato estatal de nuevas vías de acción, siempre jurídicamente controladas, pero de más difícil control también.

Y en todo esto es donde cobra su sentido otro calificativo del Estado actual, el de Estado constitucional. Si la teoría jurídica y política colocaron las constituciones en la cima de los ordenamientos jurídicos, no fue por una pasión arquitectónica, sino porque todos esos requisitos sucesivos de legitimidad únicamente pueden hacerse efectivos si se insertan en un cuerpo normativo que sea el más alto, que tenga normas resistentes frente a todas las otras normas jurídicas y, también, frente a las normas provenientes de otros sistemas normativos (religiosos, morales). La garantía de esa superioridad de la constitución como caja que guarda las joyas de la corona, nuestros derechos, está en manos de órganos e individuos que pueden velar por el tesoro bajo los siguientes presupuestos ineludibles de su estatuto legal y personal: son independientes y nadie los puede condicionar o tentar eficazmente; son modestos, y saben que más importante que sus muy necesarias convicciones morales personales es una metaconvicción fundante, la de que ninguna creencia ni idea moral suya ni de nadie vale más que las normas de la constitución misma; saben lo que hacen, para lo que necesitan una experiencia y una formación excepcionales; y están defendidos frente a la presión o a la agresión de cualquier tipo por parte de quienes los prefieran personalmente dóciles o institucionalmente débiles.

Sin eso, todo lo demás es mentira y es mentira la Constitución también.

III. Cuando los buenos también son malos. O de cómo negar y anular el Estado constitucional, democrático y social de derecho a base de premiar a los justos con derechos y castigar a los injustos arrebatándoselos

Me he permitido el elemental repaso del apartado anterior porque lo considero conveniente para situar en sus debidos términos las tesis que al fin voy a defender y que versan sobre la situación que, en lo moral, lo político y lo jurídico, viven tantos de nuestros países actuales, y también Argentina. Pero, insisto, lo que pretendo ahora señalar no digo que valga (en lo que valga) solamente para Argentina y casi todo ello se aplica por igual en mi propio país, España.

En el libro que motiva estas líneas se nos presenta un enfrentamiento aguerrido entre kantianos y utilitaristas, que, llevado a lo penal, es la disputa entre retribucionistas y defensores de la función preferentemente preventiva del castigo penal. No cuestiono el sentido ni el valor explicativo de esas contraposiciones, pero, al ampliar el foco a otros temas y a más países, me permito extender las hipótesis y radicalizar la discusión sobre lo que está en juego. Y mi hipótesis es que nos hallamos ante una negación en toda regla de ese Estado moderno que acabamos de ver progresivamente revestido de Estado constitucional, democrático y social de derecho.

Lo muy particular de esta situación actual y lo que pone sobre la mesa la paradoja es que los fundamentos filosófico-morales, filosófico-políticos y filosófico-jurídicos de este Estado que pensábamos suprema conquista civilizatoria no están siendo atacados ni a caballo y con armas ni desde los campanarios de alguna iglesia ultramontana ni desde algún nacionalismo feroz que reniegue expresamente de los derechos humanos y su universalidad, sino que el ataque se produce desde las personas, organizaciones y grupos que se autoproclaman defensores de los derechos humanos.

Desde una moral universalista los derechos humanos, en tanto que derechos morales, fueron traspuestos a las constituciones de la segunda mitad del siglo XX como derechos fundamentales, cuya titularidad pertenecía a todos los ciudadanos sin distinción; y desde ese mismo propósito universalista se configuró el derecho internacional de los derechos humanos. Lo chocante es el papel que en las últimas décadas ha pasado a jugar la moral, la cual últimamente se pone como base argumental nada más y nada menos que para negar la universalidad de los derechos fundamentales y su igual disfrute por todos los ciudadanos. La presunción de inocencia, por ejemplo, era un derecho de todos y cada uno de los penalmente investigados o acusados, se tratara de unos o de otros delitos, pero va en camino a convertirse en un privilegio de cada vez menos personas, pues aumenta la lista de delitos en los que la culpabilidad se presume, las garantías se

acortan y la pena de prisión se paga antes del juicio, debido a que la ontológica maldad del sospechoso no necesita prueba propiamente dicha y por el mero hecho de que la denuncia e investigación criminal ya se merecen muchos años de cárcel, cárcel de la que ni los jueces mismos los pueden librar.[6] Y qué decir de los matices a la baja y las excepciones a la titularidad universal de derechos como el derecho a la legalidad penal, a la irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables, a no ser detenido ni encerrado sin base legal y con control de jueces independientes, a no ser torturado…[7]

Y nada menos que a algunas constituciones llega expresamente esta ruptura de la universalidad de los derechos, este que indudablemente se puede ya denominar *derecho constitucional del enemigo*. Tiene su triste gracia el cuento, porque estos creadores del constitucionalismo de enemigos eran los que se rasgaban las vestiduras con las tesis de G.JAKOBS.

El que sea en nombre de la moral verdadera, la política justa y los derechos humanos la acometida a los requisitos mínimos del Estado constitucional, democrático y social de derecho nos coloca a los defensores de ese Estado en una situación complicada y curiosa, pues es a nosotros, ¡a nosotros!, a los que se califica de reaccionarios, traidores, vendidos, superficiales e insensibles, mientras el que vocea contra las garantías constitucionales y a favor la desigualdad de los derechos o de la cancelación de los heterodoxos anda con la conciencia muy tranquila, se tiene como parte solvente de una élite de moralmente elegidos y pasea con la cabeza muy alta a la orilla de las cárceles rebosantes, la villas de miseria o las corruptas casas de gobierno.[8]

Intento al fin concretar mis tristes y pesimistas tesis.

Todo comienza por separar donde la filosofía del Estado constitucional iguala. Señalé resumidamente cómo el orden jurídico moderno, correspondiente al Estado de derecho democrático y social, pone una ley única para que, sin perder la seguridad, puedan los ciudadanos ser fuertemente distintos. El estatuto ciudadano es idéntico para todos y los derechos que lo

[6] Basta recordar la regulación actual, nada menos que constitucional, de lo que en México se llama prisión preventiva oficiosa.

[7] Por si algún despistado lector se extraña de esta mención del derecho a no ser torturado, invito a la lectura del artículo en el que nada menos que R. ALEXY nos dice que la norma constitucional que prohíbe la tortura es derrotable como todas, vía ponderación, y echa cuentas de cuántas veces ocurrirá eso de que la tortura de alguien no resulte constitucionalmente vedada, sino constitucionalmente legítima. Véase ALEXY, Robert, "La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad", en *Parlamento y Constitución*, n.º 16, 2014, pp. 9-28.

[8] Cuidado, no estoy diciendo que así sean (seamos) los que quieran defender los derechos humanos y los derechos y garantías constitucionales, sino que así se presentan y así fingen quienes, con deliberación o por inconsciencia, están poniendo de su parte tanto para que retornemos a la Edad Media y a las verdades sagradas como fuente de toda juridicidad y de cualesquiera derechos. Del agua mansa me libre Dios…

configuran son los mismos, y solamente así pueden ser todos libres y autónomos y convivir en esa diversidad sin riesgo. Para el que peca, el que discrepa o el que delinque, ese estatuto igual, determinado por la ley común, se mantiene, y esto obliga a tomar muy seriamente en consideración el delito y su tratamiento legal en este Estado.

Para empezar, el delincuente no es un pecador en un reino de seres virtuosos, por lo que cuando la ley lo señala como responsable de un ilícito penal, no lo califica como persona de menor valor o menor dignidad. El delincuente, sea el que sea su delito, vale moralmente lo mismo que el que no delinque, y constitucionalmente su ciudanía es idéntica.[9] Por tanto, sus derechos han de ser los mismos que los del ciudadano más cumplidor con todas las normas.

Y el delito no es pecado, su estatuto no es religioso ni moral,[10] su estatuto es legal. Son muchas las conductas que podemos calificar como inmorales o, bajo una óptica religiosa, pecaminosas y que no son jurídicamente señaladas como delictivas. El derecho penal también pone orden entre sujetos moralmente iguales, no trata ni de "inocuizar" ni de descalificar a quienes nos parezcan de vida más disoluta o de motivos menos nobles. Pero la autonomía conceptual y práctica de lo jurídicamente ilícito, en general, y de lo penalmente ilícito, en particular, nos fuerza a preguntarnos cuáles son las bases de la sanción y de la pena, ya que no es la deficiencia personal en el cultivo de la virtud debida lo que se castiga.

Puede que sea ese el punto adecuado en que se sitúa la noción de bien jurídico-penal. No hay delitos naturales ni delitos en sí, el tipo penal es de configuración exclusivamente legal y el sistema jurídico debe ser internamente congruente para poder ser externamente eficaz. Quiero con esto decir, un tanto luhmannianamente, que lo que el derecho de nuestro tiempo tiene que asegurar son las condiciones de su propia función y de su funcionamiento, lo que, con más claridad expresado, significa que los bienes que el derecho penal resguarda son aquellos que conforman este modelo de Estado y de ciudadanía y son los mismos que otorgan al propio Estado su legitimidad: la seguridad de los individuos, que abarca su vida y su integridad física y moral, la

[9] Y en lo que su ciudadanía sea limitada, p. ej., mediante ciertas penas, ha de regir la norma general y abstracta, no el personal y particularista señalamiento social o político. En el Estado moderno, la ley reemplaza a las turbas que acuden al barrio de los perversos a tomarse la justicia por su mano.

[10] Aunque los sistemas normativos de base religiosa o moral también califiquen por su lado y en su función, pero sin que se confundan. Si avance fue, primero, que la calificación moral se hiciera "sistémicamente" autónoma frente a la calificación religiosa como pecado o no pecado, avance resultó, luego, que la calificación de las conductas como jurídicas o antijurídicas se independizara conceptual o sistemáticamente también de su etiqueta de morales o inmorales. El camino de vuelta es el mismo: se empieza por tildar de antijurídico lo inmoral por ser inmoral y se termina calificando como inmoral lo pecaminoso porque va contra la verdadera fe o la iglesia de los justos. Vuelven los Estados a ser confesionales y se apaga la luz de la Ilustración.

libertad, en sus muy diversas variantes, sus condiciones de ejercicio[11] y los resultados de su ejercicio que no mermen la libertad de los demás y las condiciones básicas de la vida digna en común.

Dentro de ese marco que cuasitrascendentalmente justifica la acción penal del Estado como salvaguarda de un esquema de convivencia que es el que a la vez justifica al Estado en cuanto útil y conveniente para los ciudadanos, los alcances precisos de lo punible y de su pena los ha de fijar la sociedad misma a través de los mecanismos de legitimación democrática de la ley. Cuando las constituciones exigen que los tipos penales sean establecidos en normas de rango plenamente legal, no es ni por fetichismo de la ley ni en homenaje a muy formales jerarquías, es porque le corresponde al pueblo determinar lo punible y los alcances de la pena, dentro de un marco delimitado por dos líneas: lo que la Constitución declara intangible y lo que para la eficacia de la Constitución y sus derechos resulta imprescindible.

Con todo eso quiero ir a parar a la disputa entre retribucionismo y utilitarismo penal, terreno minado y muy necesitado de matices. La dogmática alemana y sus peculiares raíces filosóficas y políticas han hecho que se equipare retribución penal a venganza. La pena es venganza social contra el malvado y hasta placer con que se pretende que la víctima ha de verse moralmente compensada. Así concebido, el retribucionismo sí cuadra con los propósitos de quienes quieren que el derecho dé cuenta de una constitutiva y esencial división entre los moralmente buenos y los moralmente malos. El malo merece el castigo por lo que hizo y, sobre todo, por lo que es y lo que de su ser mostró al cometer su ilícito. Pero, sorpresa, no es ese el retribucionismo de KANT, para quien el castigo no es venganza frente al réprobo ni afirmación del grupo contra el individuo discordante, sino homenaje a la libertad del delincuente mismo y reconocimiento de su idéntica humanidad, de su dignidad igual en tanto que persona libre y dueña de sus acciones. Y tampoco, dicho sea de paso, es aquel de la dogmática alemana de hoy el retribucionismo que abunda entre los filósofos anglosajones del derecho penal.

En cuanto al utilitarismo penal, que se expresa en las justificaciones preventivas de la pena, su idea central es que el que la hace tiene que pagarla, pero no porque ese sea el precio inapelable de su congénita maldad, de su deficiente moral, sino por la cuenta que nos tiene a todos que algunos paguen por lo que hacen y que a todos nos perjudica o nos pone en riesgo. Se trata de que, al padecer el delincuente las consecuencias penales de su acción, escarmiente (prevención individual negativa) y aprenda la lección (prevención individual positiva) o de que sea la sociedad toda la que se atemorice ante esas consecuencias de ciertas acciones (prevención general negativa) o aprenda a

[11] Incluyendo la propiedad, y aquí habría que añadir a LOCKE a los filósofos antes citados que ponen los pilares del Estado moderno.

costa del penado (prevención general positiva). Pero si así son los fundamentos de la pena, dos problemas se destacan: que no hay razón de ser para la pena cuando nadie va a escarmentar con ella o a aprender de ella y que no tiene la pena más límite que el que el cálculo utilitario marque. Es decir, que el patrón para aplicar penas menores o mayores es la utilidad y que cuando una pena desproporcionadamente alta o baja sea más útil, vistas todas las cosas, es esa pena más útil la que en verdad está justificada.

Pensemos en dos construcciones a estos efectos problemáticas. Por un lado, el jakobsiano derecho penal del enemigo rebasa la pena misma y le quita todo límite proporcionado porque se trata de delincuentes incapacitados para aprender de la pena y que por su pertinacia transmiten a la sociedad el mensaje de que es posible desconocer la norma y negar su vigencia, razón por la que hay que destruirlos a ellos para que la norma socialmente se mantenga. Por otro lado, en las situaciones llamadas de justicia transicional se desconecta la pena de todo cálculo de merecimiento subjetivo, a fin de que la sociedad salga ganando a base de conceder ámbitos o márgenes de impunidad. Son dos caras de la misma moneda, el derecho penal del enemigo exacerba la pena y le quita toda garantía y todo límite, en pro de la mayor conveniencia de la sociedad, mientras que el derecho penal de la denominada justicia transicional minimiza la pena en lo que a la sociedad beneficie y en función del daño que los grupos delictivos puedan hacer todavía si no deciden someterse a cambio de esa atenuación o supresión de su castigo.

Hace un tiempo sostuve[12] que solo un retribucionismo mínimo es compatible con nuestros fundamentos constitucionales y nuestro modelo de Estado de derecho. Mi posición se resume en que ninguna pena tiene sentido si socialmente no sirve para nada, pero que, a la vez, ninguna pena puede ir más allá del merecimiento de su autor, quien no puede ser tratado como incorregible indecente, sino como persona que decide hacer de su libertad un uso que no le podemos tolerar, aunque no deje de merecer su dignidad nuestro respeto.

Creo que el debate sobre la pena para ciertos delitos y en determinadas y muy graves situaciones está irremisiblemente dañado porque se han reintroducido diferencias allá donde nuestro kantiano y constitucional derecho penal las suprimía. Dos son las diferencias dañinas y que descoyuntan los propios derechos humanos cuando, seguramente de buena fe, se pretende defenderlos: la diferencia entre víctima y victimario y la diferencia entre los moralmente muy malos y los otros.

---

[12] GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Retribución y justificación del castigo penal", en PORTILLA CONTRERAS / VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (dir.), *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez,* Madrid, Dykinson, 2019, pp. 323-340.

Una novedad relativamente reciente consiste en justificar la pena por consideración a la víctima del delito. Según tal punto de vista, no solo es deplorable la impunidad porque deja a la víctima sin su compensación moral, sino que esa compensación moral para la víctima puede ser razón bastante para aligerar las garantías procesales y los derechos del reo de según qué delitos. Semejante planteamiento tiene, a mi modo de ver, algunos inconvenientes graves.

En primer lugar, degrada a las víctimas mismas, cuya sed de venganza da la pauta para justificar la pena. Así que allí donde la víctima renuncie a la venganza, no tiene ya o no tiene apenas justificación el castigo penal. Esto marca una curiosísima dialéctica actual entre consideración decisiva de la víctima y justicia restaurativa, pues cuando la víctima se mantenga en sus trece, corresponde aplicar mano dura, pero donde la víctima se avenga al perdón, lo correcto será reemplazar la pena por ciertos gestos morales o determinados reconocimientos simbólicos. Y, sea por un lado o por el otro, la legalidad penal deja de ser criterio determinante y se hace mero acompañamiento auxiliar. Con el agravante de que a la víctima se la pone en la tesitura de quedar como poseída por una malsana sed de retaliación o como generoso agente moral virtuoso y abierto al perdón y la reconciliación, lo que también entre las víctimas acaba introduciendo etiquetas diferenciadoras que nuestros sistemas no deberían fomentar.

En segundo lugar, si la cesura se establece entre la constitutiva maldad del delincuente y la presupuesta bondad de la víctima, no debería haber delito posible entre los igualmente injustos, pues qué homenaje va a hacer la pena a la víctima cuya conducta era tan reprochable como la de su victimario: cuando se tortura al torturador, se mata al asesino y se atenta contra el terrorista, la pena se queda sin su justificación principal si esta consiste en hacerle a la víctima justicia.

En tercer lugar, el presentar la pena como compensación necesaria y hasta suficiente para la víctima contribuye a privar de su vital importancia a los mecanismos jurídicos de responsabilidad civil por delito. Es perverso convertir la pena en una satisfacción simbólica que vuelve ociosa o de importancia secundaria la compensación económica de las víctimas. Cuando cierto punitivismo eleva las penas y, al mismo tiempo, calcula sumamente a la baja las indemnizaciones civiles por delito (y en general), se acaba haciendo de la víctima puro escarnio, aunque se la haya puesto en un pedestal aparente.

En cuarto lugar, al situar a la víctima en el centro del sistema penal y de la justificación de la pena se deja al derecho penal sin su fundamento social. Los bienes individuales pueden ser jurídicamente protegidos de diversas maneras, empezando por la mentada de la responsabilidad civil, mientras que la explicación del castigo penal se halla en que socialmente sabemos que nuestra convivencia en comunidad no se mantiene si ciertas conductas no son atajadas. El derecho penal no puede ser ni un mecanismo mediante el que el Estado compensa a las víctimas, ni una vía para que el Estado vele por la santidad, la moralidad o las buenas intenciones de los ciudadanos, sino una herramienta de defensa de los bienes individuales, herramienta que, si no funciona,

provoca la activación de mecanismos defensivos, individuales y grupales, socialmente muy dañinos. Y, en democracia, entre todos habremos de decidir lo que colectivamente nos daña, lo que entraña mayor peligro de vuelta al estado de naturaleza y lo que para cada individuo hay que defender para que a cada individuo la vida social le salga a cuenta.

La otra diferenciación nociva para el sistema penal propio de un Estado constitucional democrático de derecho y de derechos es la que se hace entre buenos y malos como titulares de derechos distintos y de garantías de diferente grado. Y es en esto donde me parece que está abundando, en estos tiempos, un retribucionismo fofo que traiciona a KANT y a las raíces filosóficas de nuestros Estados constitucionales.

Para empezar, el retribucionismo kantiano no se basa ni se puede basar en una fractura social entre perversos y virtuosos, entre irredentos y redimibles, en cuanto algo así como estamentos morales a los que los derechos se reparten diferentemente o de manera que a los de un grupo los derechos se les niegan y a los otros se les otorgan en plenitud. Por eso, dicho sea de paso, cuando JAKOBS despliega su doctrina del derecho penal del enemigo, sus fundamentos no son kantianos, y tampoco luhmannianos, sino que son hegelianos.

El retribucionismo de KANT está de raíz reñido con cualquier forma de derecho penal de autor. El delincuente y la víctima no forman parte de dos grupos humanos moralmente diferenciados, por muy cruel que el victimario sea y por muy inocente y bondadosa que la víctima resulte. Lo que sucede es que, siendo igual el estatuto moral básico, la dignidad del uno y de la otra, reconociéndose a ambos de partida como igualmente dotados de libertad y poseedores de la conciencia moral rectora de sus actos, el que elige el delito debe ser tratado como responsable de sus elecciones y de las consecuencias de sus actos, y la víctima no debe tampoco cargar con las consecuencias de la acción de otro que para nada merece. Así que la sociedad, a través del Estado, debe tomar cartas en el asunto para que el ejercicio igual de las libertades de cada uno no descomponga el equilibrio entre la libertad de todos. No se puede ser más libre a base de arrebatar a los otros la base empírica y las condiciones del ejercicio de su libertad, y por eso tal retribucionismo no supone pasional venganza, sino restauración de la igualdad moral y de derechos entre los libres. No se trata de que el que lo hizo lo pague por ser ontológicamente indecente, sino de que cada persona sea reconocida como responsable de sus actos, en cuanto que sean en verdad suyos y los controle, y que como responsable sea compensado él con su merecimiento y la víctima con el suyo; lo primero por la vía penal; lo segundo por la vía civil.

El utilitarismo penal y el retribucionismo tienen su necesario espacio en nuestros sistemas constitucionales, el equilibrio imprescindible entre ellos es siempre inestable y cambiante y a los mecanismos democráticos e institucionales ha de corresponder fijar en cada coyuntura ese equilibrio muy tentativamente. Con lo que vengo aquí manteniendo no pretendo juzgar a los grandes protagonistas de este libro ni dar ni quitar razones. Mi cuestionamiento lo es únicamente

de un cierto contexto y trataré, para acabar, de explicarme sobre esto último y de aclarar qué es lo que quiero poner en solfa.

El punitivismo selectivo sigue siendo punitivismo, el retribucionismo de la pura venganza contra los muy injustos tachados de moralmente inferiores sigue siendo incompatible con nuestros Estados constitucionales bien entendidos, y el en teoría tan denostado derecho penal del enemigo[13] sigue siendo eso mismo aun cuando veamos como enemigos auténticos a esos que queremos castigar por encima de los derechos que tienen y de las garantías que, como a todos, los amparan.

A lo mejor podemos hablar de *acción negativa*, en paralelo al viejo e interesante discurso sobre la acción afirmativa. Esta pone límites a la igualdad ante la ley en ámbitos originariamente no previstos en nuestros sistemas constitucionales, pero en aras de igualar mejor en los hechos lo que socialmente es muy injusta desigualdad. En cambio, la acción negativa vendría a ser este actual intento de introducir tratos desiguales en lo que formalmente la ley iguala y de hecho venía siendo respetado como igual, sobre la base de que la igualdad jurídica, aquí igualdad en derechos y garantías, no se corresponde con el merecimiento objetivo, en tanto que merecimiento moral. Tratar bien a los malos vendría a parecer a algunos un despropósito tan hondo como tratar mal a los buenos. O, dicho de otra forma, los derechos iguales nadad más que para los que los que personalmente los merezcan.

Esto que digo no es la expresión de ninguna forma de relativismo moral, sino exactamente lo contrario. Relativismo moral es el de quienes hacen depender la tenencia de derechos y garantías del estatuto moral diferente de los sujetos, desconociendo lo que la Modernidad parecía haber impuesto de una vez por todas: que moralmente no hay humanos de primera y de segunda, que en dignidad somos iguales y que la ciudadanía es independiente de las opciones vitales de los unos y de las calificaciones a cargo de los otros. No hay personas de un estatuto jurídico naturalmente superior ni de una naturaleza moral esencial más alta o más baja, sino sujetos iguales, en tanto que humanos y libres, que optan por vías de acción que individualmente podemos descalificar y que colectivamente podemos castigar, pero desde la ley igual igualmente aplicada y desde una legalidad única que a todos en cuento iguales nos abarque. Porque el pacto tácito al que nuestros Estados constitucionales de raigambre liberal y humanista responden no es solamente el que se expresa en las teorías del contrato social (vemos ahí a casi todos los autores antes citados), sino también el que se manifiesta en este dicho bien popular: o jugamos todos o rompemos la baraja.

[13] Y el derecho constitucional del enemigo.

Cuando al asesino más cruel, al torturador más infame, al tirano más sanguinario le decimos que sus derechos son menos porque él es peor moralmente, enemigo políticamente, aparentemente lo hacemos de menos, pero en verdad nos igualamos con él en lo peor y seguramente él en el fondo así nos percibe. El derecho es fuerza, por supuesto, y no puede dejar de serlo, pero nos había tocado una civilización que quería que esa fuerza estuviera guiada por la razón, en todo lo que la razón nos es común y nos pertenece a todos en tanto que sujetos iguales en lo más decisivo. Cuando para ciertos delincuentes, por muy atroces que se puedan y se deban juzgar moralmente sus delitos, hacemos valer la fuerza del derecho por encima de las razones por las que limitamos esa fuerza, en el fonde les damos la razón y les reconocemos que hay individuos con dignidad y otros que no la tienen, ciudadanos de primera y ciudadanos de segunda. A partir de ahí, el combate entre los unos y los otros se vuelve político y versa sobre a qué individuos o grupos colgamos cada una de esas dos etiquetas.

No digo todo eso con un ánimo moralizante ni como llamada emotiva a alguna forma de ética mejor, sino desde la preocupación por las consecuencias. Curiosamente, en estos tiempos repletos de principios y principialismo vamos perdiendo de vista los fundamentos de lo jurídico. Frente a la generalidad de la ley que nos iguala, porque como iguales nos presupone, hay muchos que abogan por la justicia del caso concreto, por la equidad como suprema norma contra todas las demás normas, por la ponderación particularista que nos acabará retrotrayendo a la tiranía. Porque sin derecho no hay Estado de derecho y fuera del Estado de derecho el Leviatán se libera y se descontrola.

Los Estados justicieros son Estados sin control, sin medida, y las masas que jalean a la autoridad para que se salte la norma cuando trata con los malos acabarán siendo víctimas de ese Estado, que terminará por tildar de inhumano y por tratar en consecuencia y como enemigo al meramente desobediente, al heterodoxo, al díscolo, al alternativo, al rebelde, al simplemente autónomo y libre, al que se siente con derechos e intenta con propiedad de ejercitarlos. Porque en un Estado de la moralidad y sin legalidad o con una legalidad provisional, renuente, decadente y fingida, delincuentes somos ya todos y no los que el tipo penal describa. En esos Estados hacia los que tan aprisa caminamos, curiosamente en nombre, a veces, de los derechos humanos, delincuente es el que sencillamente hace lo que se considera malo, y lo que por malo haya de tenerse en cada ocasión y momento lo dirán el Estado y sus agentes, lo impondrá la élite social de los creyentes, de los virtuosos, de los elegidos.

Con el garantismo penal del Estado de derecho se había alcanzado la improbable utopía. Con la lucha de tantos moralistas que abominan del formalismo de las instituciones, la formalidad de las garantías y la insensibilidad de las normas generales y abstractas ante la variedad infinita de las circunstancias de cada conducta y cada sujeto, caminamos a buen paso hacia la distopía. Si no me

creen, miren alrededor ahora mismo. Sí, miren alrededor en su propio país o los de al lado y díganme de qué clase de polvos doctrinales vienen estos lodos prácticos.

IV. Bibliografía

ALEXY, Robert, "La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad", en *Parlamento y Constitución*, n.º 16, 2014, pp. 9-28.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Retribución y justificación del castigo penal", en PORTILLA CONTRERAS / VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (dir.), *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 323-340.

MORGENSTERN, Federico, *Contra la corriente. Un ensayo sobre Jaime Malamud Goti, el Juicio de las Juntas y los procesos de lesa humanidad*, Buenos Aires, Ariel, 2024.