

Fernández Cruz, José Ángel
LA LEGITIMIZACIÓN DE LAS LEYES PENALES: REFLEXIONES DESDE LA ÉTICA
PROCEDIMENTAL
Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXII, núm. 2, diciembre, 2009, pp. 161-183
Universidad Austral de Chile
Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173714177009>

LA LEGITIMACIÓN DE LAS LEYES PENALES. REFLEXIONES DESDE LA ÉTICA PROCEDIMENTAL

*José Ángel Fernández Cruz**

RESUMEN

El carácter procedural de la ética discursiva, su concepción de la razón comunicativa establecida argumentativamente, su pretensión de armonizar la tensión entre validez y facticidad y, en especial, sus presupuestos comunicativos constituyen aspectos esenciales del proceso de legitimación racional de las leyes penales. Ahora bien, esta propuesta ética debe hacerse cargo de ciertas peculiaridades relacionadas con la cuestión penal, a saber: su estructural naturaleza discriminatoria; la ausencia, quizás también estructural, de un debate plural en la política criminal; la reproducción de los procesos de dominación social y política a través del discurso, y la necesidad de incorporar el principio del daño al proceso de legitimación. Esta situación lleva a retomar el paradigma ético del Estado social: la obligación de mitigar la discriminación criminal tanto en el orden social como discursivo.

LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL – ÉTICA DISCURSIVA – ESTADO SOCIAL

*Legitimization of criminal enactment.
Thoughts from procedural ethics*

ABSTRACT

The procedural nature of discursive ethics, its conception of communicative rationality based on argumentation, its claim to harmonize tension between facts and validity and their communicative budgets are fundamental aspects in rational legitimization of criminal enactment. Now, certain specific criminal's features may propose the question this ethical proposal: its structural discriminatory nature; the absence, perhaps also structural, of a plural debate in criminal policy; the social and political domination reproduced by discourse; and the need to incorporate the harm principle to the process of legitimization. This situation leads to resume the ethical paradigm of the welfare state: the obligation of reduce criminal discrimination both in the social order as discursive.

CRIMINAL ENACTMENT – DISCURSIVE ETHICS – WELFARE STATE

* Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UACH, josefernandez@uach.cl. Estudio realizado con ocasión del Proyecto Fondecyt: 1085076-Cs. Jurídicas.

Artículo recibido el 27 de agosto de 2009 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 26 de octubre de 2009.

I. INTRODUCCIÓN

Una propuesta político criminal presenta, como toda intervención social, un debate ético. Los sistemas éticos modernos tienen algo en común que les distingue sin más de la ética antigua: la razón autónoma se constituye como norma de moralidad. Por razón autónoma se entiende aquí una razón utópica o desarraigada, es decir, una razón previamente independizada de la naturaleza y despojada de los hábitos. No se trata tanto de que los sistemas modernos no tomen en cuenta la naturaleza, sino que consideran que la misma razón pueda ser práctica porque, precisamente, han perdido de vista el papel mediador de los hábitos.¹

Sin duda, existen numerosas propuestas éticas que pueden servir de fundamento a la hora de legitimar la decisión política de elaborar una ley, pero en el seno de sociedades con una desarrollada cultura liberal y democrática la denominada ética discursiva o procedural constituye la aproximación ética, a mi entender, con mayores conexiones.

El modelo de ética discursiva resulta especialmente adecuado para explicar y valorar los procesos de toma de decisiones legislativas. En un Estado de derecho y democrático la “comunidad ideal del diálogo”, donde los participantes pueden expresar sus opiniones en condiciones de igualdad y libres de coacción, constituye el marco ejemplar legislativo a la hora de consensuar las normas morales de convivencia. Las leyes serán morales no porque respeten un determinado *orden de valores*, sino en la medida que sean adoptadas conforme a un procedimiento o reglas discursivas.² El Estado de derecho estructurado a través del principio de división de poderes extrae su legitimidad en la garantía de imparcialidad en los procedimientos legislativos y judiciales. En otras palabras, los procesos de elaboración de las leyes constituyen el principal exponente de esta manera de entender la razón práctica.

También, la ética procedural permite entender, a través de los conceptos del *mundo de la vida* y el poder comunicativo, ciertas intuiciones y discursos muy arraigados en las decisiones político-criminales.

II. LA ÉTICA DISCURSIVA: LA LEGITIMACIÓN PROCEDIMENTAL

La posmodernidad parece haber superado el pensamiento sobre la legitimidad del poder estatal como criterio aglutinador de la convivencia social. El poder estatal debe articularse en el seno de una sociedad compuesta por distintos modelos de relación social relativamente autónomos. Además, el discurso posmoderno (Habermas, Foucault, Luhmann, etc.) entiende que el centro de cognición no lo constituye el sujeto individual, sino la multiplicidad de discursos derivados de la pluralidad social. De este modo, las

¹ Por todos, Marta González, A., “Ética y Moral. Origen de una diferencia conceptual y su transcendencia en el debate ético contemporáneo”, en *Anuario Filosófico*, núm. 33, 2000, p. 808.

² Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Jiménez Redondo (trad.), Madrid: Trotta, 1998, pp. 237 y 245.

distintas concepciones éticas de Apel y Habermas –y, de otro modo, la teoría política de John Rawls– han querido facilitar un criterio práctico para determinar lo justo en situaciones complejas de conflicto de intereses, constituyéndose en una de las claves de la razón política contemporánea.³

En las siguientes páginas tomaremos como referencia la propuesta de Habermas en su conocida obra *Facticidad y validez*, instancia donde encontramos una expresa referencia a los procesos de legitimación y racionalización de las leyes. Ahora bien, no pretendemos realizar un análisis exhaustivo y crítico de esta propuesta, estudio que excede de las pretensiones de este investigación, sino que sólo mencionaremos aquellos aspectos relacionados con el tema que nos ocupa.

El pensamiento de la ética discursiva podemos resumirlo en tres ideas centrales: su contenido esencialmente formal, es decir, pretende alejarse de concepciones *materiales*, de categorías metafísicas de validez general y absoluta, extrayendo los principios morales de la utilización del propio lenguaje; construye la validez de la razón práctica argumentativamente; e intenta armonizar la tensión entre validez y facticidad que se produce en las relaciones sociales a través del conocido término del *mundo de la vida*.

Habermas trata de dotar a la teoría crítica de una nueva base epistemológica. Propone sustituir el antiguo paradigma sociológico fundamentado en la relación sujeto-objeto por uno nuevo de corte lingüístico hermenéutico: la teoría consensual de la verdad elaborada argumentativamente y situada en una situación ideal de habla. Para Habermas, el lugar de la razón práctica lo pasa a ocupar la razón comunicativa articulada a través del principio de universalización.

La racionalidad procedural constituye una pretensión de validez susceptible de crítica bajo las condiciones de comunicación de un auditorio de intérpretes capaces de juicio: una razón procedural es capaz de razonar contra sí misma. La pretensión de verdad tiene que ser defendida contra las posibles objeciones de su oponente para finalmente poder llegar a un acuerdo motivado en el seno de una comunidad de interpretación.⁴ En la acción comunicativa los hablantes tratan de negociar interpretaciones comunes y de sintonizar sus respectivos planes de acción a través de procesos de entendimiento.⁵

Por tanto, una práctica discursiva presupone que sus participantes salen de sus propios contextos de acción, donde cada uno actúa de acuerdo a sus propias finalidades, y se sitúan en otro (el discursivo), donde las cuestiones problemáticas son sometidas a la argumentación, es decir, ausentes de coacción. Este contexto argumentativo presupone o lleva implícita tácitamente una pretensión de mutuo reconocimiento y cooperación. Mientras que la acción instrumental y estratégica está orientada en reglas que descansan sobre conocimientos empíricos verdaderos/falsos o deducciones analíticas correctas/incorrectas, la acción comunicativa se orienta por normas intersubjetivamente vinculantes, es decir, por normas que deben ser comprendidas y aceptadas por los sujetos de

³ Cortina, A., “Ética comunicativa”, en *Concepciones de la ética*, Victoria Camps *et alii* (eds.), Madrid: Trotta (1992), p. 179.

⁴ Habermas, *Facticidad y validez...*, *cit.*, p. 76.

⁵ Habermas, *Facticidad y validez...*, *cit.*, p. 80.

dicha acción y que descansan, por tanto, en un acuerdo sobre intenciones y obligaciones alcanzado a través de una interacción mediada simbólicamente.⁶ Las raíces de la racionalidad discursiva se encuentran en nuestra cultura y en el lenguaje ordinario, es decir, nuestra forma de vida cotidiana está estructurada conforme a expectativas racionales de comportamiento construidas intersubjetivamente. Así, el principio de universalidad permite la formación de este consenso construido intersubjetivamente.

Por lo anteriormente expuesto, Habermas entiende posible un concepto de neutralidad, fundamentado en el hecho o tendencia de evitar enfrentamientos violentos, es decir, en la necesidad de recurrir a un procedimiento y presupuestos comunicativos de los que no podemos disponer a nuestra voluntad. Si se pretende continuar con un enfrentamiento discursivo, presupone una retirada a un terreno neutral.⁷

Las pretensiones de verdad sólo pueden realizarse a través del lenguaje y, por tanto, en el ámbito de nuestras propias experiencias personales: a la verdad sólo cabe llegar a través de la argumentación (las buenas razones). Por tanto, intenta superar las versiones metafísicas y positivas sobre la verdad, en el sentido de que los actos del lenguaje no son verdaderos o falsos sino validados a través de argumentos. Esta situación ideal discursiva o argumentativa, por tanto, sólo depende de la propia estructura comunicacional: todos los participantes del discurso deben poseer una distribución simétrica para elegir y realizar actos del lenguaje sin ningún tipo de coerción.

Ahora bien, esta situación ideal del lenguaje convive con el riesgo de inestabilidad que comporta la sociedad comunicativa –el riesgo de desestabilizar las convicciones sociales-. Este riesgo viene limitado de manera dinámica con el conjunto de certezas intuitivas o simbólicas que representa el *mundo de la vida*.⁸

El *mundo de la vida* se alimenta de *lo familiar*, de los patrones de interacción sobre los que hay consenso y lealtades. En este *mundo de la vida* se encuentran las narraciones míticas y rituales que protegen contra toda problematización. Junto con el *mundo de la vida*, las sociedades modernas también reducen la inestabilidad social a través del mercado y del poder administrativo. Su naturaleza sistémica hace referencia a que su función integradora no depende necesariamente de la conciencia de los participantes mediante acciones comunicativas. Es el caso de la *mano invisible* de Adam Smith. Por tanto, en el mundo de la vida y en los procesos sistémicos de integración las pretensiones de legitimidad discursiva quedan apartadas, es decir, se imponen con frecuencia constelaciones de intereses normativamente no filtradas, por la sola razón de que son las más fuertes y pueden servirse, por tanto, de la fuerza legitimadora que posee la forma jurídica.

La facticidad –manifestada en el mundo de la vida, en el mercado y el poder administrativo– afecta a un modelo de sociedad comunicativa ideal de diversas formas, entre las que podemos destacar: la presión ejercida por los tiempos y plazos a la hora de adoptar una decisión; la distribución asimétrica de la información, el conocimiento y

⁶ Habermas, J., *Ciencia y técnica como ideología*, Jiménez Redondo, M. (trad.), Madrid: Tecnos, 1989, p. 62.

⁷ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., pp. 388-339.

⁸ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 98.

competencias; la fragmentada atención social; las restricciones de recursos de todo tipo para hacer efectiva una deliberación; actitudes apasionadas y oportunistas, o prejuicios que menoscaban la formación racional de la voluntad, etc.⁹

Habermas mantiene que en la sociedad comunicativa, a pesar de estar expuesta permanentemente a la facticidad, puede construirse un orden social. Su planteamiento reconstructivo podemos resumirlo en un presupuesto y en un *instrumento* que mitigan (armonizan) esta tensión entre facticidad y validez.

El primero de ellos hace referencia a un previo presupuesto socioeconómico. Las sociedades comunicativas deben poseer una cultura política habituada a la libertad y una socialización política de tipo ilustrado, y sobre todo, deben nutrirse de iniciativas de las asociaciones creadoras de opinión, formadas y regeneradas de manera espontánea y, en todo caso, difícilmente accesibles a las intervenciones directas del aparato político.¹⁰ También deben tener como presupuesto un especial tipo de sociedades modernas: renta per cápita elevada, una elevado nivel de distribución de bienes sociales, en especial la educación, y una dispersión del poder en partidos políticos y asociaciones que fomentan una cultura democrática. Este tipo de sociedades avanzadas permiten una domesticación del poder social.¹¹

El segundo establece al derecho positivo como medio de integración social que estabiliza esta tensión entre facticidad y validez. El derecho moderno ofrece dos caminos a seguir: considerar a las normas como restricciones fácticas de su propio espacio de acción y, por tanto, nos relacionamos con ellas de manera estratégica; o como normas dotadas de validez o legitimidad y, en este caso, la relación es de carácter moral. Habermas conecta este instrumento con el presupuesto mencionado con anterioridad. La alternancia política junto con una sociedad cada vez más pluralista permite cada vez menos recurrir a la tradición o en la “eticidad” en que nos hemos formado a la hora de legitimar el derecho positivo.¹²

La racionalidad procedural, en el seno de esta supuesta sociedad pluralista, intenta superar los paradigmas del “buen derecho liberal” y del “buen derecho finalista-social” a través de una radicalización procedural, que permita conservar las viejas cualidades formales de la imparcialidad: no existe Estado de derecho sin democracia radical. La pugna entre el Estado liberal y social que subyace en el interior del derecho positivo se supera a través de este paradigma procedural.¹³

Habermas utiliza dos principios para construir sus sistemas de derechos: el “principio del discurso” (legitimidad) y la “forma jurídica” (coerción). Ahora bien, debemos

⁹ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 404.

¹⁰ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 379.

¹¹ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 395.

¹² Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 60.

¹³ Jiménez Redondo, M., “Introducción”, en Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Jiménez Redondo (trad.), Madrid: Trotta, 1998, p. 17. El traductor, uno de los principales estudiosos de la obra de Habermas, realiza una introducción sobre los aspectos más relevantes de esta obra y sobre la biografía de su autor a fin de facilitar su comprensión.

aclarar que su propuesta de sistemas de derechos no está haciendo referencia a un “deber ser” sino a los sistemas constitucionales ejemplares del mundo moderno.¹⁴ Además, Habermas no trata la tensión entre norma y realidad: no se trata el poder como una facticidad social frente al que las ideas pudiesen quedar en ridículo. Su tensión es entre facticidad y validez inmanente del derecho mismo: entre la amenaza-sanción y el derecho legítimo que autoriza estos medios fácticos.¹⁵ La tensión entre facticidad y validez se manifiesta dentro de la Administración de Justicia como una tensión entre seguridad jurídica y la pretensión de dictar decisiones correctas.

La forma jurídica constituye una manifestación abstracta de la violenta complejidad del *mundo de la vida* donde se prescinde de la capacidad del destinatario para ligar su voluntad. Habermas entiende que “la forma jurídica” no fundamenta sino describe una realidad y, por tanto, el principio discursivo se instituye como la única fuente de normatividad. Ahora bien, las formas jurídicas aumentan su función de cohesión social debido a los déficits creados por el desmoronamiento de la ética tradicional.

En cambio el principio del discurso propone que sólo son legítimas aquellas normas de acción que pudieran ser aceptadas por todos los posibles afectados por ellas como participantes en discursos racionales. Su legitimidad se mide por su resolubilidad discursiva y, en última instancia, atendiendo a si han sido producidas en un procedimiento legislativo que quepa considerar racional, o al menos hubieran podido ser justificadas desde puntos de vista pragmáticos, éticos y morales.¹⁶ Las normas jurídicas, pese a su ámbito restringido de validez (la comunidad jurídica), poseen también una pretensión de universalidad, es decir, la pretensión de no contravenirlas.¹⁷

Los sujetos jurídicos a la hora de articular el principio del discurso en el ámbito del derecho ya no tienen completamente en sus manos el medio en que quieren realizar su autonomía. La idea de autolegisación ha de hacerse en el medio del derecho mismo, es decir, viene garantizada jurídicamente a través de los derechos políticos concernientes a la participación en los procesos de formación de la opinión y de la voluntad del legislador.¹⁸ Al legislador se le exige que salga del papel de sujeto privado y entre en el papel de ciudadano en una comunidad jurídica libremente constituida de acuerdo a los principios normativos de la regulación de la vida en común. Exige un proceso de producción del derecho en el que los sujetos implicados no pueden participar a su vez sólo en el papel de sujetos jurídicos que actúan orientados a su propio éxito. En la medida que los derechos de participación y de comunicación son ingredientes esenciales de un procedimiento de producción de normas, los derechos subjetivos no pueden percibirse ni tornarse efectivos a título de derechos de sujetos privados, sino más bien

¹⁴ Jiménez Redondo, “Introducción”, *cit.*, p. 11.

¹⁵ Habermas, *Facticidad y validez...*, *cit.*, p. 203.

¹⁶ Habermas, *Facticidad y validez...*, *cit.*, p. 92.

¹⁷ Habermas, *Facticidad y validez...*, *cit.*, pp. 223-224.

¹⁸ Habermas, *Facticidad y validez...*, *cit.*, pp. 192-193.

deben concurrir en la condición de sujetos participantes en una práctica intersubjetiva orientados al entendimiento.¹⁹

El principio del discurso en el ámbito legislativo se canaliza a través del principio democrático, que tiene como objetivo el establecimiento de procedimientos de producción legítima de normas. Sólo se puede pretender la legitimidad de las normas jurídicas en un proceso discursivo donde puedan asentir todos los miembros de la comunidad jurídica. Todos los miembros deben reconocerse como miembros libres e iguales de una comunidad. Su función de control subyace de la propia artificialidad de las normas jurídicas, es decir, de mantener las condiciones de libertad e igualdad discursiva.²⁰

Esta comprensión procedural del derecho favorece o postula la implantación del denominado derecho reflexivo. La fundamentación discursiva toma más relevancia en las sociedades cada vez más diferenciadas donde las personas adquieren más derechos a participar en un número mayor de subsistemas sociales. La corrección de una decisión desde el punto de vista de la ética discursiva no depende exclusivamente del cumplimiento de un conjunto de reglas, sino de que aduzcan buenas razones a favor de la corrección normativa.²¹ Sin poder contar ya con el respaldo de visiones religiosas o metafísicas del mundo resistentes a la crítica, las orientaciones prácticas sólo pueden obtenerse ya en última instancia a través de argumentaciones, es decir, de formas de reflexión de la acción comunicativa misma.²² En último término, con la aplicación del derecho no se pretende conseguir unos determinados fines políticos sino que, al menos, que en éstos participen las partes implicadas.

En el concepto procedural de democracia la comunidad se forma a sí mismo, transformándose en una comunidad jurídica, donde racionaliza la inestabilidad que comporta la sociedad comunicativa. Los principios y derechos constitucionales y los procedimientos legislativos poseen una propensión a la racionalidad reflexiva y, a la vez, reducen, simplifican y frenan esta misma facticidad.

Ahora bien, las normas jurídicas se fundamentan y aplican no sólo tomando como referencia la moral de la razón práctica, sino que también persiguen bienes y fines colectivos. Se deben traspasar los límites de los discursos relativos a la justicia e incluir problemas de autoentendimiento y de conciliación de intereses.²³ La legitimidad de las normas jurídicas, además de su pretensión de universalidad, expresa una autocomprepción de la comunidad jurídica, es decir, tiene presentes todos los valores e intereses distribuidos en ella, así como la elección racional con arreglo a fines y medios. Y esta contingencia es la que fundamenta el poder comunicativo del legislador político. Tampoco debemos olvidar que el procedimiento legislativo no se orienta a la búsqueda

¹⁹ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 94.

²⁰ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., pp. 173-175.

²¹ Alexy, R., *Teoría de la Argumentación Jurídica* (2^a ed.), Atienza/Espejo (trads.), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 292; Günther, K., "Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts", en *Recht und Moral*, H. Jung *et alii*. (eds.), 1991, p. 206.

²² Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 163.

²³ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 221.

de soluciones correctas para concretos problemas de moralidad, ni de una racionalidad orientada a la “única respuesta correcta”, sino a un modelo que permite ofrecer “alguna respuesta” de carácter general, definitiva y jurídicamente vinculante.²⁴

III. LA ÉTICA PROCEDIMENTAL EN EL CONTEXTO DE LA RACIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES CHILENAS

De la lectura de este bosquejo sobre la ética discursiva o proceduralista podemos proponer algunos criterios en el proceso de legitimación (racional) de las leyes penales. En especial, el proceso de legitimación y posterior elaboración de una ley penal deberá tener presente, en primer lugar, el carácter esencialmente proceduralista de esta propuesta ética; en segundo lugar, la necesidad de justificar las decisiones legislativas argumentativamente; y, en tercer lugar, la pretensión de armonizar la tensión entre validez y facticidad y, en especial en el caso chileno, sus presupuestos comunicativos (cultura política habituada a la libertad, una distribución simétrica de los derechos de participación discursiva, etc.).

Ahora bien, esta propuesta también plantea algunos interrogantes en el orden penal. A continuación comenzaremos con un par de cuestiones generales (III.1 y 2.), para a continuación abordar la problemática que presenta esta propuesta ética en el ámbito político-criminal, en especial en cuanto a las peculiares tensiones que se producen entre validez y facticidad en el orden penal (III. 3-7).

1. *La ética proceduralista como nuevo paradigma jurídico*

El pensamiento de Habermas parece incluir un nuevo paradigma jurídico que pretende canalizar las tensiones entre el derecho formal burgués y el materializado en términos del Estado social. Los derechos de participación política fundan la posición jurídica del ciudadano en contraposición de los derechos de libertades negativas y sociales que, en último término, pueden venir otorgados en términos paternalistas.²⁵ La ética discursiva superaría a través de la radicalización de los procesos democráticos, por tanto, las dos anteriores concepciones (la liberal y la socialdemócrata).

Esta afirmación resulta errónea por dos razones. La primera estriba en la supuesta pretensión rupturista de este nuevo paradigma, no sólo porque la ética discursiva –como radicalización de los procesos democráticos– supone, al igual que el modelo socialdemócrata, un desarrollo y perfeccionamiento del modelo liberal clásico, sino también porque adolece de una implantación social, es decir, de un dilatado proceso histórico o de los intensos y traumáticos hechos históricos que precedieron a los dos anteriores

²⁴ Marcilla Córdoba, G., *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 330.

²⁵ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 143.

modelos sociales. Y la verdad sea dicha, ni en los países más avanzados donde se manifiesta con mayor intensidad el fenómeno de la multiculturalidad se aprecia un cambio cultural, donde la radicalización de los procesos participativos constituya el paradigma para resolver los conflictos sociales, como sí lo fueron y continúan siendo el liberal y el socialdemócrata. Así, el modelo procedural supone, a lo sumo, un escalón más en el modelo liberal-socialdemócrata, es decir, una *radicalización* en los procesos de participación, por una parte, y un límite al Estado paternalista, y en especial al denominado *bienestarismo autoritario*, por otra.

La segunda razón estriba en que la ética discursiva no se hace cargo de la intrínseca naturaleza discriminatoria del derecho penal, como sí lo hace el modelo bienestarista. Esta mirada a la realidad social conlleva a asumir un principio ético –de igual validez a mi juicio que el de universalidad propuesta por la ética discursiva– en la elaboración de las leyes penales: mitigar los efectos discriminatorios del control penal.²⁶ En términos habermasianos quizás podamos definirlo como una igualitaria participación en los procesos discursivos penales. De este modo, el Estado social y democrático es aquella forma de Estado que partiendo del reconocimiento de que el modelo genera desigualdades sociales y económicas y de su obligación de nivelarlas, asume jurídica y políticamente la obligación de intervenir en los procesos sociales.²⁷

2. *Condiciones previas de participación democrática en el Estado constitucional chileno*

La teoría ética del discurso exige para su aplicación un concreto contexto socio-político: unas condiciones de participación libre e igualitaria. Sólo puede considerarse legítimo el derecho que surge de la formación discursiva de la opinión y la voluntad de ciudadanos dotados de unos mismos derechos de participación democrática. Estos derechos deben garantizar la autonomía privada que a la vez supondrá una garantía de la autonomía pública; y a la inversa, la adecuada puesta en práctica de la autonomía pública sirve para asegurar la autonomía privada. Esta conexión circular se produce también en la producción del derecho.

Esta situación ideal del lenguaje en la esfera de la ética práctica supone que, para poder llevar a buen término una respuesta racional legislativa, la comunidad política debe pertenecer al selecto grupo de los “sistemas constitucionales ejemplares”, dentro de los márgenes impuestos por el *mundo de la vida*. Estos presupuestos políticos necesarios para implantar la ética procedural tienen su apoyo tanto en el sistema jurídico de cada sociedad como en su propia cultura (democrática).

La cuestión que se suscita a continuación es si nuestra comunidad política podemos incluirla en el selecto grupo de los “sistemas constitucionales ejemplares habermasianos”.

²⁶ Véase una aplicación en el ámbito de la culpabilidad como categoría dogmática en: Hormazábal, H., “Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad”, en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile) Vol. XVIII, 2005, pp. 167-185.

²⁷ Por todos, Bustos, J. y Hormazábal, H., *Nuevo sistema de Derecho penal*, Madrid: Trotta, 2004, pp. 125 y 126.

En otras palabras: ¿cumple nuestro sistema de derechos con los presupuestos mínimos comunicativos para llevar a buen puerto una racionalidad legislativa penal? Una parte de la doctrina nacional ha puesto en duda, precisamente, el carácter democrático de nuestro sistema político.

El análisis de la adecuación de la sociedad chilena y su ordenamiento jurídico a unos requisitos mínimos de participación libre e igualitaria excede las pretensiones de este estudio.²⁸ Aquí sólo vamos a tratar dos aspectos relacionados con estos presupuestos comunicativos: la legitimidad democrática de la Constitución y el sistema electoral.

Comenzando con la Carta Magna, resulta llamativo su mecanismo de elaboración y aprobación formal. Como es bien conocido no existió una asamblea constituyente, sino que por el contrario el proyecto inicial fue fruto de una Comisión integrada por abogados y profesores de derecho político y constitucional mayoritariamente ligados a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; y el proyecto presentado por esta Comisión fue revisado y modificado por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno antes del plebiscito.²⁹ A mayor abundamiento, no se caracterizó por la pluralidad política de sus integrantes ni tampoco por postular cosmovisiones diferentes en circunstancias de convivencia pacífica, razonable y plural.³⁰ A lo anterior debemos añadir que hasta el ocaso de la dictadura militar el texto promulgado en 1980 nunca tuvo una vigencia efectiva, debido a los constantes estados de excepción, la desprotección evidente de los derechos fundamentales, la intervención del Poder Judicial, la falta de funcionamiento efectivo de las instituciones constitucionales y la vigencia del articulado transitorio. Estas razones impiden proyectar su influencia normativa más allá de 1990.³¹ Cazor afirma con acierto que existe una tradición, especialmente arraigada en nuestro país, de esperar que la *eficacia* de la Carta, tarde o temprano, la *legitimará*, con lo que expresamente se obvia la distinción elaborada por la teoría constitucional entre validez (eficacia) y legitimidad.³²

²⁸ Un estudio efectuado por la Corporación de Estudios para Latinoamérica (Cieplan), Libertad y Desarrollo, Proyecto Corporación y el Centro de Estudios Públicos arroja los siguientes datos: un 45% de los encuestados opina que la democracia es preferible a cualquier otro sistema; a un 29% le es indiferente un eventual sistema autoritario; y a un 18% le parece que en algunas circunstancias el gobierno autoritario puede ser preferible a uno democrático. VV.AA., *Estudio Nacional sobre Partidos Políticos y Sistema electoral marzo-abril 2008*, en www.cepchile.cl/dms/.../Enc_PartidosPoliticos_MarAbr2008.pdf (7-8-2009).

²⁹ Bassa, J. y Viera, C., "Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado constitucional: notas para su reinterpretación", en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol. XXI, p. 132.

³⁰ Bassa Mercado/Viera Álvarez, "Contradicciones...", *cit.*, pp. 131-151.

³¹ Bassa Mercado/Viera Álvarez, "Contradicciones...", *cit.*, p. 140. Estos autores postulan una reformulación interpretativa de la CPR a partir de los postulados de un Estado constitucional.

³² Cazor Aliste, K., "Constitucionalismo y umbral democrático en Chile: hacia una nueva teoría constitucional", en *Ius et Praxis*, vol. 13, 2007, p. 47.

En todo caso, y a pesar del advenimiento de la *democracia* a Chile y de las sucesivas reformas constitucionales,³³ todavía queda por dilucidar si nuestra CPR contiene los presupuestos políticos postulados por la ética procedural.³⁴

En cuanto al denominado sistema binominal, su finalidad se centra en evitar el multipartidismo y la dispersión electoral. Los criterios favorables relativos a la permanencia del sistema binominal se han apoyado, principalmente, en las ventajas de haber contribuido a la estabilidad política y a una necesaria unificación de las tendencias mayoritarias. Menos frecuente es la mención a la conveniencia estratégica de las dos grandes coaliciones políticas por mantener este sistema electoral, que permite el reparto de la práctica totalidad de los representantes y cargos políticos.

El sistema binominal ha recibido una constante crítica procedente de los partidos políticos minoritarios y de parte de la doctrina constitucionalista. Este sistema electoral ha dado inicio al modelo de *democracia consociativa*, opuesto a los modelos de *democracia deliberativa*, que básicamente propicia la exclusión de las minorías y la desconfianza en el autogobierno del pueblo, legitimado en una supuesta división social, división que, en todo caso, no parece acaecer en estos momentos en Chile.³⁵

A modo de conclusión, estas deficiencias en los presupuestos comunicativos de nuestro sistema de derechos han sido puestas de manifiesto por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Humano en Chile con los siguientes términos:

“Uno de los problemas de Chile es el escaso desarrollo de una cultura política genuinamente democrática. La población se queja de que el poder se utiliza para establecer distinciones simbólicas que inhabilitan e invalidan la condición de agencia de los sujetos. Esto quiere decir que la democracia en Chile presenta un déficit no sólo tanto en régimen de gobierno, sino también como forma de convivencia social”.³⁶

3. ¿Una política criminal pluralista?

La propuesta ética procedural habermasiana toma como referencia un nuevo modelo social caracterizado por la pluralidad de formas de entender y solucionar los problemas sociales, donde pretende facilitar un criterio práctico para determinar lo justo en estas situaciones complejas de conflicto de intereses.

³³ En el ámbito que nos ocupa debemos destacar entre otras: la supresión del artículo 8º de la Constitución; la limitación o desaparición de las disposiciones sobre la intervención militar en la sociedad política; la reducción del término del período presidencial y la supresión de la composición no electiva en el Senado.

³⁴ En este sentido, Arturo Valenzuela afirma que la “evolución de las instituciones y procedimientos democráticos [en Chile] está determinada por las oportunidades que tienen las élites significativas para ganar poder, y los cargos que entregan poder, más que por factores culturales o económicos”. Valenzuela, A., “Los orígenes de la democracia. Reflexiones sobre el caso chileno”, en *Estudios Públicos*, núm. 12, 1983, pp. 37-38.

³⁵ Cazor, “Constitucionalismo...”, cit., p. 52. Véase la doctrina citada por el autor.

³⁶ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Desarrollo humano en Chile. El poder: ¿para qué y para quién?*, pp. 247-257. Cazor, “Constitucionalismo...”, cit., p. 54.

Una de las primeras cuestiones que le puede suscitar a un estudioso de la criminalidad radica en la constatación dentro del discurso político-criminal de una pluralidad de maneras de abordar la criminalidad que, como presupuesto de este nuevo paradigma social, nos lleve *inexorablemente* a acudir a la ética procedural.

Sin perjuicio de que la incorporación a nuestro sistema penal de las denominadas salidas alternativas pueda catalogarse como una manifestación de este paradigma procedural, al incorporar a la víctima al proceso discursivo,³⁷ la concurrencia de un pluralismo político-criminal parece más bien excepcional. Salvo algunos conflictos sociales como la eutanasia, el aborto, la legalización de las drogas y la protección penal del medio ambiente y el orden socioeconómico,³⁸ el grueso del derecho penal parece orientarse político-criminalmente en la sola dirección del modelo penal de seguridad ciudadana, a saber, aumento de la presión penal y de la población penitenciaria.³⁹ A la vista de la opinión pública y de nuestras cárceles vemos que las cosas no han cambiado demasiado: un derecho penal clásico para pobres legitimado por una gran parte de la población. Es decir, el concepto de seguridad ciudadana parece *agarrarse* a esta concepción ética inclusiva del mundo (criminal) que Habermas entiende superada.

Esta carencia de pluralidad a la hora de abordar el problema de la criminalidad se encuentra condicionada por una serie de factores descritos por el propio Habermas, como por ejemplo, la racionalidad estratégica electoral y la falta de condiciones previas de libertad e igualdad de participación política en el debate político-criminal. Pero tampoco debemos olvidar que la comisión de una infracción penal que, en principio, supone la vulneración más grave del orden social, homogeneiza y condiciona la respuesta de los miembros de la comunidad discursiva.

Aquí se presenta una de las principales paradojas de la ética procedural. En sociedades democráticas ejemplares, donde la cuestión penal ha pasado a ocupar un lugar preponderante en los discursos sociales, políticos y sociales, y por tanto, un lugar ideal para la concreción de una argumentación fundamentada en *buenas razones*, finalmente éstas parecen ausentes.⁴⁰

³⁷ También la falta de eficacia del derecho penal ha contribuido a la necesidad de acudir a un consenso en la solución del conflicto penal. Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 546.

³⁸ Estas dos últimas manifestaciones del pluralismo político criminal se desarrollan más en el ámbito académico y, a lo sumo legislativo, que en el ámbito social y aplicativo.

³⁹ La doctrina ha tratado de explicar los factores en la aparición de este nuevo modelo penal y sus características. Veánsese, entre otros: Garland, *The culture of control*, University of Chicago Press, 2001; Díez Ripollés, J. L., "Un nuevo modelo de seguridad ciudadana", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 6, 2004. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.

⁴⁰ Aquí prescindimos de la cuestión de si la teoría de la argumentación jurídica tiene una dimensión discursiva (libre) o institucionalizada (autoritaria). La tesis del caso especial concurre tanto a los procedimientos judiciales como a la argumentación jurídica en cuanto tal, en contraposición a la que tiene lugar, por ejemplo, en los libros, artículos o discusiones académicas. La primera se encuentra institucionalizada, mientras que la segunda no. Esta última tiene el carácter abierto e infinito típico de las discusiones científicas. Esto la hace bastante diferente de los procedimientos judiciales definidos por las reglas procedimentales que gobiernan tanto la acción forense de las partes como la del propio tribunal, que excluyen la comprensión de los procedimientos judiciales en términos de teoría del discurso. Así, varios rasgos de tales procedimientos a primera vista parecen

4. *El mundo de la vida y la irracionalidad estructural del derecho penal*

Como hemos manifestado, Habermas entiende que el constante riesgo de inestabilidad que comporta la sociedad comunicativa viene limitado de manera dinámica con el conjunto de certezas intuitivas o simbólicas que representan el *mundo de la vida* y el poder sistémico del mercado y la burocracia.⁴¹ Este mundo de certezas intuitivas o simbólicas y estos poderes fácticos habitan plácidamente en el ámbito penal.

En todas las sociedades, incluso en aquellas que toman como referencia a Habermas para su propuesta, se cumple quizás el más importante paradigma político criminal: el derecho penal como un instrumento de control social aplicado a las clases sociales menos favorecidas. Este hecho, que con frecuencia se suele pasar por alto, supone, a mi entender, el único aspecto que, sin discusión, resulta empíricamente demostrable, con independencia de la orientación político-criminal que uno profese. Estamos ante un dato empírico ya verificable en la fase legislativa penal.

El término eufemístico del *mundo de la vida* como límite fáctico en la teoría del discurso, referido a la cuestión penal es, simple y llanamente, un alusión directa a su estructural discriminación. En otras palabras, las leyes penales, como juicios políticos, están limitadas “dentro de un contexto de posibilidades”.⁴² Incluso quizás tengamos que invertir los términos en el sentido de que el derecho penal se origina esencialmente a través del *mundo de la vida* y de las relaciones sistémicas más o menos mitigadas por una supuesta racionalidad comunicativa. Esto no significa que las *buenas razones* no deban contribuir a la hora de mitigar la inestabilidad social ni tampoco que el derecho penal no sea fruto de procesos deliberativos, sino que su ámbito de aplicación se encuentra mucho más reducido respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico.

En un anterior estudio he definido nuestro sistema penal con el término *modelo penal liberal discriminatorio*, estructurado en dos niveles de discriminación: uno estructural y otro periférico.⁴³ Todo sistema social resulta discriminatorio ya que se fundamenta en un sistema de valores: quien adecue más su conducta y proyecto de vida hacia esos valores más posibilidades tendrá de integrarse en la comunidad política y, por ende, de recibir un reconocimiento; por el contrario, aquellos que se aparten de este sistema, éste como mecanismo de supervivencia tenderá a erradicarlos o controlarlos. Pero también todo sistema social resulta estructuralmente discriminatorio desde sus consecuencias. Así, la discriminación estructural del sistema liberal refleja su principal contradicción, es decir,

incompatibles con cualquier conexión entre ellos y los discursos. Valgan como ejemplos la distribución asimétrica de roles en los procesos penales, las limitaciones de tiempo o las motivaciones reales de los participantes, quienes a menudo (si no generalmente) pretenden conseguir un juicio favorable y no correcto o justo. Véase la refutación a estas críticas en: Alexy, *Teoría de la argumentación...*, cit., pp. 311-319.

⁴¹ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 98.

⁴² Expresión tomada de Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 356.

⁴³ Fernández Cruz, J. A., “El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad”, en *Polít. crim.* N° 1, 2006. A5, pp. 1-30.

un sistema que se legitima en cuanto a la igualdad de oportunidades y recompensas por méritos, pero que sus consecuencias son desiguales y no meritocráticas.

Nuestro sistema social pivota normativa y fácticamente, entre otros, en el valor de la propiedad. Esto significa que todos los sistemas de control social, incluido el penal, tenderán a protegerla. Es decir, las principales disfunciones estructurales de nuestro sistema social versan sobre los medios ilegítimos de acceso a la propiedad, y por ende, inexorablemente, nuestro sistema penal está destinado principalmente a protegerla. Los cambios en este nivel sólo se producen o a través de cambios sociales drásticos o a través de dilatados procesos sociales. La ética discursiva sólo puede pretender mitigar esta discriminación estructural.

El segundo nivel de discriminación abarca, en el ámbito del control penal, a aquellas manifestaciones político-criminales que afectan a principios y valores liberales que el propio sistema está en condiciones de superar. Así, y tomando un ilustrativo ejemplo, resulta discriminatorio dentro de la lógica de los valores liberales que los delitos de tráfico ilegal de drogas tengan una pena igual o superior a varios delitos contra la vida e integridad física, cuando los primeros sólo requieren la puesta en peligro de la salud pública y los segundos su efectiva lesión. Es en este segundo nivel, precisamente, donde la potencialidad de la ética discursiva cobra relevancia como instrumento racionalizador del derecho penal. Por tanto, y conforme con los dos niveles de discriminación anteriormente mencionados, el sistema bienestarista debería intervenir en el derecho penal con dos clases de medidas. Las primeras, destinadas a mitigar los efectos discriminatorios estructurales del sistema liberal penal, y las segundas, consignadas a eliminar aquellos otros efectos discriminatorios que, desde los principios y posibilidades, el propio sistema liberal está en condiciones de superar.⁴⁴

5. *Ética discursiva y análisis crítico del discurso político-criminal*

Otra consideración que quisiera abordar en estas reflexiones sobre la ética discursiva se refiere a su compatibilidad con el hecho de que los propios discursos constituyen mecanismos de dominación social. Aquí sólo vamos a acometer las cuestiones relacionadas con los principios que postula la propia ética procedural y no de cómo se articulan los procesos de dominación a través del discurso.⁴⁵

⁴⁴ Este nuevo paradigma también ha sido criticado desde una perspectiva liberal. Ladeur mantiene que esta propuesta en último término pretende sustituir las concepciones inclusivas premodernas por una verdad única procedural. Por el contrario, el liberalismo acepta la arbitrariedad e irracionalidad de la simbólica fundación del sistema y discurso político, y es este hecho el que fundamenta el poder de la cohesión. Ladeur, K. H., "Can Habermas' Discursive Ethics Support a Theory of the Constitution?", en *EUI Working Paper Law*, núm. 99/4, pp. 14-15.

⁴⁵ El análisis de los procesos de dominación a través del lenguaje viene siendo tratado por una corriente de pensamiento denominado Análisis Crítico del Discurso. Esta corriente de pensamiento multidisciplinar, aunque principalmente de corte lingüístico, no pretende ofrecer un nuevo paradigma en las relaciones sociales, su función resulta esencialmente empírica y fáctica. Resulta aplicable tanto dentro de la comprensión liberal como de la republicana, así como también a los procesos de negociación como a los de argumentación. Véase

A priori, parece existir una cierta contradicción entre la teoría consensual de la verdad construida argumentativamente y los procesos de dominación a través del discurso, que de hecho existe, aunque como veremos a continuación ambas concepciones se encuentran recíprocamente subordinadas.

Una adecuada implantación de la ética discursiva presupone o necesita un constante análisis de cómo el poder discursivo discrimina y afecta a sus presupuestos políticos (libertad e igualdad comunicativa); y a la vez el análisis crítico del discurso se fundamenta en el principio de universalidad como principio ético. Por esta razón, Habermas entiende que la formación de la voluntad política no es ni un discurso orientado a intereses ni un discurso orientado a la racionalidad, sino un modelo tolerable para consensuar intereses en conflicto.⁴⁶

Un análisis crítico del discurso sólo puede llevarse a cabo en sociedades que, parádójicamente, poseen un fuerte consenso procedural en la deliberación democrática. El punto de partida de esta afirmación coincide con el la ética del discurso, en el sentido de que debe existir un previo consenso para que sea más o menos factible acceder a los diversos contextos discursivos discriminatorios. También debe tener como presupuesto un especial tipo de sociedades modernas: renta per cápita elevada, una elevado nivel de distribución de bienes sociales, en especial la educación, y una dispersión del poder en partidos políticos y asociaciones, fomentando de esta manera una cultura democrática. Habermas tiene presente esta relación entre la racionalidad procedural y el análisis crítico del discurso: "Sólo en tal cultura jurídica [sociedades modernas, dinámicas y pluralistas] pueden dirimirse sin violencia las tensiones subculturales, siempre muy conflictivas, entre formas de vida que compiten unas con otras".⁴⁷

Hasta aquí las coincidencias. En contraposición al concepto de neutralidad en los discursos prácticos, postulado por Habermas –la necesidad de recurrir a un procedimiento y los presupuestos comunicativos de los que no podemos disponer a nuestra voluntad⁴⁸– entiendo que todo procedimiento aparentemente neutral realmente representa una determinada concepción de la vida buena. Es decir, si bien los procesos discursivos, como tales, presuponen la exclusión de la violencia a través de un proceso comunicativo, esto no significa que las reglas establecidas no sean fruto de una imposición.

La neutralidad discursiva parece afirmar que la razón práctica ha cedido sus derechos absolutamente a la razón comunicativa en todos los ámbitos. Esta afirmación resulta

una aproximación de esta corriente de pensamiento: Wodak, R. y Meyer, M. (comp.), *Métodos de análisis del discurso*, Barcelona: Gedisa (2003).

⁴⁶ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., pp. 192-193.

⁴⁷ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 395. De hecho, podemos encontrar en parte de la doctrina del análisis crítico del discurso una clara influencia de la Escuela de Frankfurt. Wodak, R., "Aspects of Critical Discourse Analysis", en *Zeitschrift für Angewandte Linguistik*, 36, 2002, pp. 5-31. Véase la doctrina citada por el autor. Además, la mayoría de los estudios del Análisis Crítico del Discurso están inspirados en la siguiente aserción de Habermas: "El lenguaje es también un medio de dominación y una fuerza social, que sirve para legitimar las relaciones de poder organizador. Y, por tanto, el lenguaje es también ideología". Wodak, "Aspects of Critical...", cit., p. 11.

⁴⁸ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., pp. 388-339.

problemática y no escapa fácilmente a la petición de principio. Con esta idea en mente, en efecto, la petición de principio surge espontáneamente al hilo de la lectura de un pasaje de *Facticidad y validez*, donde Habermas afirma que “las energías de vínculo que despliega el lenguaje sólo pueden movilizarse para la coordinación de los planes de acción si los participantes pueden suspender la actitud propia del espectador y del actor que se orienta directamente a su propio éxito, sustituyéndola por la actitud realizativa de un hablante que busca entenderse con una segunda persona sobre algo en el mundo”.⁴⁹

Ahora bien, ¿en virtud de qué pueden los participantes en un discurso suspender su actitud objetivante de espectadores? Sin duda, tal cosa no es posible merced al mismo discurso. Por el contrario, la posibilidad de suspender dicha actitud constituye un supuesto contrafáctico del discurso.⁵⁰ Neumann manifiesta, quizás con exagerada rotundidad, que una teoría del discurso que se fundamenta en una situación del lenguaje inexistente está condenada al fracaso.⁵¹ Becker mantiene que los argumentos políticos tienen más la función de propaganda, o de armas, con las que se evita el empleo de la violencia corporal, que de afirmaciones que puedan interpretarse como contribuciones al desarrollo de teorías “verdaderas”.⁵² A todo lo anterior, debemos añadir la especial complejidad de establecer la neutralidad como un principio regulativo en los procesos legislativos, donde se plantea el dilema de preferir una actitud neutral ante las diversas concepciones de la vida buena o por el contrario plegarse a las concepciones mayoritarias.⁵³

El ideal de opinión pública *habermasiano* entiende la manipulación discursiva más una posibilidad que una característica general. Por el contrario, el análisis crítico del discurso pone en evidencia que la manipulación forma parte de la esencia de una sociedad democrática. En términos *habermasianos* podemos afirmar que cada situación del habla está distorsionada por estructuras de poder, en contraposición con la utopía de la *situación ideal del lenguaje* donde los discursos racionales se hacen posibles.⁵⁴

Como conclusión, la necesidad de unos presupuestos discursivos de igualdad y libertad participativa no se contradice con el hecho de la naturaleza consciente o inconsciente de dominación o la pretensión de imponer una determinada concepción de la vida buena que subyace de toda relación discursiva. A partir de aquí podemos extraer o reafirmar dos principios éticos: (a) los presupuestos comunicativos de participación política no sólo resultan esenciales para la consecución del principio de universalidad, sino también para evitar o mitigar el poder discriminatorio inherente en éstos; (b) la

⁴⁹ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 80.

⁵⁰ Marta González, “Ética y Moral...”, cit., p. 817.

⁵¹ Neumann, U., “Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas”, en *Rechtstheorie*, 27, 1996, pp. 415-426.

⁵² Becker, W., *La libertad que queremos*, Álvarez Salas, Omar (trad.) México: Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 94.

⁵³ Véase sobre esta cuestión: Farrell, M. D., “Algunas maneras de entender la neutralidad”, en *Doxa*, núms. 15-16, 1994, pp. 179-197.

⁵⁴ Wodak, “Aspects of Critical...”, cit., p. 12.

obligación del Estado de mitigar el poder discriminatorio de los procesos discursivos a través de la incorporación de las minorías al debate político-criminal.

6. *Ética discursiva y fundamentación del derecho penal*

La doctrina, a partir de la ética discursiva, ha abordado dos cuestiones relacionadas con la fundamentación del derecho penal: su misión –referida a la teoría del bien jurídico– y los fines de la pena.⁵⁵ Heinz Koriath, tomando como referencia un estudio previo por Klaus Günther, matiza la incorporación de los presupuestos de la ética discursiva en la fundamentación del derecho penal.

Günther, partiendo de la problemática que suscita la teoría del bien jurídico, entiende que la protección de derechos subjetivos constituye la misión del derecho penal. Extrapola el principio de universalidad a la misión del derecho penal, en el sentido de que derecho penal debe revestirse de aquellas condiciones bajo las cuales nosotros normalmente nos comunicamos normativamente. Entiende, por tanto, que debería ser la protección del rol del participante la misión del derecho penal.⁵⁶

Koriath opina que el autor citado construye un concepto de protección de mayores dimensiones que el clásico derecho subjetivo. No se trata de un derecho subjetivo, como la propiedad, pero tampoco significa una nueva versión de la problemática del bien jurídico protegido, sino de los presupuestos comunicativos. Pero en este caso, continuando con Koriath, parece que se trata de la protección de los derechos fundamentales de participación política y si es así, estamos ante una reformulación de la clásica teoría del contrato social.⁵⁷

Por tanto, la propuesta sobre la misión del derecho penal propuesta por Günther excluye cualquier principio orientador a la hora de *materializar* el derecho penal. Sin duda, la protección del rol del participante y sus libertades comunicativas constituyen parte o presupuestos de esta construcción, pero no aportan ningún criterio para establecer la dañosidad que supone la articulación de un bien jurídico protegido.

Respecto a la fundamentación del norma penal, la ética discursiva no presenta especiales problemas a la hora de fundamentar la norma primaria penal. La política criminal, la dogmática y la criminología participan de este principio de universalidad a la hora de fundamentar la norma penal primaria. El problema surge respecto de la norma secundaria. Es decir, la norma primaria que establece la prohibición de matar quedaría amparada por el principio de universalidad, pero surge la duda si la norma secundaria

⁵⁵ La especial atención que siempre ha presentado el derecho penal para la filosofía y la teoría del derecho se manifiesta de nuevo en este ámbito. Así, Habermas manifiesta ya al inicio de *Facticidad y Validez*, que la filosofía del derecho reducida a términos de ciencia jurídica sigue teniendo su centro de gravedad en los fundamentos del derecho penal. Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 57. A la vez, Alexy en su aproximación discursiva o procedimental de la teoría de la argumentación tiene como especial referente a esta rama de ordenamiento jurídico. Especialmente, Alexy, *Teoría de la argumentación...*, cit. pp. 205 y ss., 315 y ss.

⁵⁶ Günther, K., "Möglichkeiten einer diskursethischen...", cit., p. 210.

⁵⁷ Koriath, H., "Diskurs und Strafrecht", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1999, p. 196.

que establece como consecuencia jurídica una pena (privativa de libertad) quedaría fuera de la situación ideal de consenso.

La cuestión por tanto es la siguiente: ¿puede la ética discursiva fundamentar las normas penales secundarias, es decir, normas revestidas de coerción? Recordemos en este punto que la falta de coerción constituye uno de los requisitos de la denominada situación ideal discursiva.

Los autores más relevantes partidarios de esta propuesta ética discursiva parecen adoptar una cierta perspectiva agnóstica a la hora de fundamentar las normas secundarias.

Habermas aplica dos principios: el de universalización para fundamentar las normas y el de adecuación para su aplicación.⁵⁸ El derecho penal, al menos las normas de sanción, para el pensamiento de Habermas formaría parte de aquella manifestación del pluralismo social sin perspectivas de consenso, que debe equilibrarse por medio de “potenciales de amenaza y de sanción”.⁵⁹ Habermas es claro: “Los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales de la formación democrática de la opinión y la voluntad constituyen la única fuente de legitimación”.⁶⁰

Alexy establece dos tipos de problemas en la legitimación de las normas desde la teoría del discurso: los problemas de contenido de las normas y los problemas de su aplicación. Las normas de aplicación son necesarias para complementar a las primeras a través de la coerción.⁶¹

Günther es tajante en este sentido: el deber moral paga su universalidad –como principio moral de la ética discursiva– con una impotencia práctica.⁶² Günther ofrece el siguiente argumento: puesto que la ética del discurso no puede garantizar por sí mismo el cumplimiento fáctico de una norma válida (norma primaria), se autoriza su coercibilidad. La pena sirve para reducir la complejidad social, supone una *contrarregulación* del poder comunicativo que, en último término, puede derivar en la autotutela penal.⁶³

Günther fundamenta las normas secundarias a través de los principios de reciprocidad y exigibilidad. Si alguien infringe una norma válida, entonces se infringe el principio de reciprocidad, es decir, una de las condiciones por las cuales el resto dio su consentimiento para su cumplimiento general. El consentimiento moral de un cumplimiento general justifica una medida empírica, es decir, su exigibilidad.⁶⁴

Koriath entiende que el principio de exigibilidad no resulta demostrado por la teoría de Günther, ni tampoco lo extrae de otro principio. Entiende el autor citado que esta afirmación subestima la capacidad de la teoría del discurso, ya que una norma penal secundaria es una norma y, por tanto, debe estar sujeta al mismo principio de

⁵⁸ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 586.

⁵⁹ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 357.

⁶⁰ Habermas, *Facticidad y validez...*, cit., p. 648.

⁶¹ Alexy, *Teoría de la argumentación...*, cit., p. 175.

⁶² Günther, “Möglichkeiten...”, cit., p. 207.

⁶³ Günther, “Möglichkeiten...”, cit., p. 207.

⁶⁴ Günther, “Möglichkeiten...”, cit., p. 208.

universabilidad.⁶⁵ Si tanto Günther, Habermas como Alexy suponen una separación total entre los problemas de fundamentación y aplicación de las normas, ¿no tienen las buenas razones ninguna fuerza motivadora en el caso de las normas penales como normas secundarias?⁶⁶

En cuanto a los distintos fines de la pena Günther manifiesta que una construcción ética discursiva del derecho penal sólo acepta de la doctrina de la retribución el siguiente argumento: un derecho penal construido moralmente no debe abstraerse de la perspectiva del participante.⁶⁷ La respuesta a esta exigencia tenemos que buscarla en el concepto elaborado por el propio Günther sobre “la lógica propia de las relaciones interpersonales”. Para la construcción de esta teoría debe diferenciarse entre la perspectiva del participante y la del observador. Cuando nosotros imputamos a otro su conducta como responsable, seguimos una lógica propia, no podemos permanecer exclusivamente en la posición de un observador.⁶⁸ Esto significa, en último término, que no es posible una responsabilidad moral sin reciprocidad. A continuación relaciona esta lógica propia de las relaciones interpersonales con el fin de la retribución. Así, manifiesta que cuando reaccionamos con culpa, agravio o indignación ante una lesión nos movemos en el ámbito de las relaciones de interacción (subjetivas) que nos une con los otros. Cuando reprochamos a un tercero por un injusto no podemos separar este reproche de la “comunidad moral”, no es posible adoptar una actitud objetiva frente al tercero.⁶⁹

Koriath no entiende esta relación del fin retributivo de la pena con la lógica propia de las relaciones interpersonales. Parece esta última, más bien, una referencia expresa al concepto de responsabilidad o culpabilidad. Günther, según el autor citado, podría explicar mejor esta relación, en el sentido de que la posición del participante no es sólo sinónimo de la responsabilidad, sino simultáneamente también un sinónimo de un partícipe en una praxis comunicativa, un rol que es enriquecido moralmente, porque todos los actores de la praxis comunicativa se atribuyen el estatus libres e iguales. Esto significaría en último término, según Koriath, que también debemos incluir en la interacción comunicativa al criminal. Y si es así, el discurso de la situación ideal de comunicación, manifiesta el autor con cierta ironía, se encuentra demasiado alejado de los fines de la pena.⁷⁰

Con independencia de las conexiones que podamos encontrar entre la ética discursiva y la fundamentación de la pena, esta relación intersubjetiva como fundamento de la pena siempre ha existido en las concepciones clásicas de la retribución. Las constelaciones de intereses y valores se encuentran tan enraizadas en la pena, es decir, como manifestación de las relaciones intersubjetivamente compartidas por la comunidad jurídica, que resulta difícil si no imposible someterlo a un proceso de argumentación discursivo. En

⁶⁵ Koriath, “Diskurs und Strafrecht”, *cit.*, p. 195.

⁶⁶ Koriath, “Diskurs und Strafrecht”, *cit.*, p. 189.

⁶⁷ Günther, “Möglichkeiten...”, *cit.*, p. 211.

⁶⁸ Günther, “Möglichkeiten...”, *ob.*, p. 211.

⁶⁹ Günther, “Möglichkeiten...”, *cit.*, p. 211.

⁷⁰ Koriath, H., “Diskurs und Strafrecht”, *cit.*, p. 212.

fin, parece que tenemos un argumento más para permanecer en una posición agnóstica sobre la fundamentación de la pena.⁷¹

7. Una necesaria legitimación ética sustantiva del derecho penal

La ética discursiva, como hemos mencionado, no resulta excluyente de otras éticas y, quizás, sea ésta una de sus principales virtudes. Pero a la vez, esta suerte de compatibilidad se convierte en uno de los principales problemas que plantea esta propuesta ética: su insuficiencia para resolver los problemas prácticos, al menos, en el orden penal. Con independencia de que se cumplan todos los requisitos normativos y culturales para llevar a buen puerto una legitimación ética fundamentada en los parámetros de una ética discursiva, finalmente debemos preguntarnos si un comportamiento resulta tan inaceptable éticamente que amerita como principal modelo de control social el derecho penal. La respuesta a esta pregunta condicionará la necesidad y, en su caso, intensidad del control penal. En otras palabras, parece que los principios morales de la ética discursiva resultan insuficientes para resolver una respuesta social, la penal, que tiene como presupuesto la vulneración más grave de los valores *eticosociales*.

La ética procedural se ve obligada a relegar el principio del daño y, en nuestro caso, al principio de lesividad, a una cosmovisión más dentro de la política criminal que deberá luchar argumentativamente en el seno de la comunidad ideal del diálogo. Pero debemos tener presente que el derecho penal no nace de una comunidad ideal del diálogo, sino de la previa lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido que, conforme con la consecuencia jurídica impuesta, debe poseer una especial gravedad. Si aceptamos la existencia del derecho penal como medio de control social, existencia que como hemos visto la ética procedural tiene serias dificultades en fundamentar, no nos queda más remedio que reconocer los principios derivados del bien jurídico como condiciones éticas previas al proceso argumentativo. Desde luego que esta afirmación no significa que los bienes jurídicos vengan determinados de una suerte de fuente iusnaturalista, sino que, previamente, debemos aceptar que derecho penal debe castigar las conductas más graves a los bienes jurídicos fundamentales en un determinado contexto histórico y social.⁷²

Aquí, y sólo a modo de exemplificar la necesidad de dotar de contenido material la legitimación ética de las leyes penales, voy a realizar una sucinta referencia a los principios morales que ha desarrollado la ética aplicativa, especialmente la bioética.⁷³ La pertinencia de acudir a la bioética como referente en la legitimación ética de las leyes

⁷¹ Véanse los argumentos propuestos por la visión agnóstica de la pena en: Zaffaroni, R. (*et alii*), *Derecho penal: Parte General*, Buenos Aires: Ediar (2^a ed.), 2002, pp. 37-79.

⁷² Una visión general de esta posición y su crítica puede consultarse en: VV.AA, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de la legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl, R. (ed.), Madrid: Marcial Pons, 2007.

⁷³ Véase sobre la necesidad de incorporar principios materiales de la bioética a la ética discursiva: Cortina, “Ética discursiva...”, cit., pp. 196-199.

penales podemos resumirla en varias consideraciones de distinta naturaleza. En primer lugar, al abordar cuestiones éticas relacionadas con los aspectos sociobiológicos hace que tenga una incidencia práctica en gran parte del denominado derecho penal nuclear (delitos contra la vida e integridad física, contra la libertad e indemnidad sexual, etc.) e, incluso, en el derecho penal periférico como la protección penal del consumidor y el tráfico de drogas.⁷⁴ En segundo lugar, tiene un contenido netamente liberal (al menos la mayor parte de sus formulaciones), en el sentido de legitimar intervenciones sociales de carácter externo y formal sólo en casos excepcionales. En tercer lugar, y relacionado con la anterior, refleja la dicotomía entre Estado e individuo que se reproduce en el control penal. Y en cuarto lugar, si bien posee, como veremos, unos principios éticos de carácter material, tiene a la vez una clara naturaleza discursiva.

El debate deliberativo en el terreno de la bioética se suele mover dentro de una ética de mínimos (lo correcto) y de máximos (lo bueno). En la primera se encuentran los deberes de obligación perfecta, que se aplican con independencia de la voluntad y opinión de las personas implicadas en una situación concreta. En el caso de la bioética, la ética de mínimos se manifiesta a través de los denominados principios de No-Maleficencia y de Justicia. El primero hace referencia al derecho a una igual consideración y respeto en el orden biológico, y el segundo, al derecho que tienen todos los seres humanos a una igual consideración y respeto en el orden social.⁷⁵ La ética de mínimos adopta formas de control externas y formales.

La ética de máximos recoge los llamados deberes de “obligación imperfecta” (la felicidad o perfección) sobre los que no se puede obligar desde *fuera*. Estamos ante proyectos de vida asentados en un propio sistema de valores. Los principios de autonomía y beneficencia que inspiran la ética de máximos son subjetivos y particulares. El primero puede ser considerado como una facultad sustantiva de la realidad humana. Todos los seres humanos tenemos en principio la capacidad de realizar actos con conocimiento de causa y sin coacción. El segundo consiste en hacer bien a los demás, pero desde una visión no paternalista, es decir, siempre que se pida o acepte voluntariamente. Normalmente se manifiesta a través de mecanismos de autorregulación. El autocontrol obedece al proyecto de vida personal a través de un proceso donde el individuo incorpora tanto los límites que los demás le van mostrando –cuando no imponiendo– (como los padres en los primeros años de educación de sus hijos) como sus propias ideas del bien.⁷⁶

Ahora bien, el ejercicio del principio de la autonomía demanda una serie de requisitos para valorar una decisión como autónoma: voluntariedad, información y competencia. Se trata con estos requisitos de alcanzar los mayores niveles de ciudadanía libre, consciente y participativa.⁷⁷

⁷⁴ Véase VV.AA., *Consumo y drogas: reflexiones desde la ética*, Madrid: Fundación de Ciencias de la Salud, 2004.

⁷⁵ Núñez, J. y Marijuan, M., “Ética de los consumos de drogas”, en *Consumo de control de drogas: reflexiones desde la ética*, Madrid: Fundación de Ciencias de la Salud, Madrid: 2004, p. 63.

⁷⁶ Núñez/Marijuan, “Ética de los consumos...”, *cit.*, pp. 99-100.

⁷⁷ Núñez/Marijuan, “Ética de los consumos...”, *cit.*, p. 72.

En cuanto a la naturaleza discursiva de la bioética, ésta intenta superar el debate dilemático que con frecuencia se produce en la resolución de los conflictos sociales: libertad negativa/libertad positiva, elección individual/protección social, tratamiento/condena. Estos planteamientos dilemáticos, además de llevar a enfrentamientos indisolubles, no reflejan adecuadamente la complejidad de los asuntos que solemos tener los seres humanos. Los conflictos sociales de una gran trascendencia moral necesitan de un continuo debate a fin de establecer nuevas jerarquías entre los valores que están implicados, volver a tener en cuenta las consecuencias reales, las diferentes alternativas y las posibles excepciones.⁷⁸ De esta manera los planteamientos bioéticos reflejan la importancia de los procesos de argumentación como mecanismo para solucionar los conflictos sociales. Así Gracia, y como colofón a este estudio, manifiesta:

“Las decisiones morales tienen que ser responsables, precisamente porque casi nunca pueden ser ciertas. Ese es el precio que pagamos por la incertidumbre. De ahí la necesidad de deliberación prudencial, de “phrónesis”. Y de ahí también que los conflictos puedan resultar a veces insolubles. No está dicho que todo conflicto moral pueda resolverse, o al menos que nosotros podamos resolverlos”.⁷⁹

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT, *Teoría de la Argumentación Jurídica* (2^a ed.), Atienza/Espejo (trads.), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BASSA MERCADO, JAIME y VIERA ÁLVAREZ, CHRISTIAN, “Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado constitucional: notas para su reinterpretación”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXI. Núm. 2, 2008.
- BECKER, WERNER, *La libertad que queremos*, Álvarez Salas, Omar (trad.) México: Fondo de Cultura Económica, 1990.
- BUSTOS, JUAN y HORMAZÁBAL, HERNÁN, *Nuevo sistema de Derecho penal*, Madrid: Trotta, 2004.
- CAZOR ALISTE, KAMEL, “Constitucionalismo y umbral democrático en Chile: hacia una nueva teoría constitucional”, *Ius et Praxis*, Vol. 13, 2007.
- CORTINA, ADELA, “Ética comunicativa”, en *Concepciones de la ética*, Victoria Camps et alii (eds.), Madrid: Trotta, 1992.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “Un nuevo modelo de seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N° 6 (2004). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.
- FARRELL, MARTÍN D., “Algunas maneras de entender la neutralidad”, en *Doxa*, núms. 15-16, 1994.
- FERNÁNDEZ CRUZ, JOSÉ ÁNGEL, “Tráfico y consumo de drogas: ética, realidad social y discurso”, en *Estudios en homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez*, Guzmán Dálbora, José Luis y Serrano Maíllo, Alfonso (eds.), Madrid: Dykinson, 2004.
- GARLAND, *The culture of control*, University of Chicago Press, 2001.

⁷⁸ Núñez /Marijuan, “Ética de los consumos...”, cit., p. 57.

⁷⁹ Gracia, Diego, “La enseñanza de la bioética en España: un enfoque socrático”, en *La bioética lugar de encuentro, Libro de ponencias del II Congreso Nacional de ABFyC*, 1998, p. 80.

- LADEUR, KARL H., "Can Habermas' Discursive Ethics Support a Theory of the Constitution?", en *EUI Working Paper Law*, núm. 99/4.
- GRACIA, DIEGO, "La enseñanza de la bioética en España: un enfoque socrático" (en) *La bioética lugar de encuentro*, Libro de ponencias del II Congreso Nacional de ABFyC, 1998.
- GÜNTHER, KLAUS, "Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts", en *Recht und Moral*, H. Jung et al. (eds.), 1991.
- HABERMAS, J. *Factualidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Jiménez Redondo (trad.), Madrid: Trotta (1998).
- HABERMAS, J. *Ciencia y técnica como ideología*, Jiménez Redondo, Manuel (trad.), Madrid: Tecnos, 1989,
- HORMAZÁBAL, HERNÁN, "Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad", en *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. XVIII - Nº 2, 2005.
- KORIATH, HEINZ, "Diskurs und Strafrecht", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1999.
- MARCILLA CÓRDOBA, GEMA, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- MARTA GONZÁLEZ, ANA, "Ética y Moral. Origen de una diferencia conceptual y su transcendencia en el debate ético contemporáneo", en *Anuario Filosófico*, núm. 33, 2000.
- NÚÑEZ, JAVIER y MARIJUAN, MABEL, "Ética de los consumos de drogas", en *Consumo de control de drogas: reflexiones desde la ética*, Madrid: Fundación de Ciencias de la Salud, 2004.
- VALENZUELA, ARTURO, "Los orígenes de la democracia. Reflexiones sobre el caso chileno", *Estudios Públicos*, núm. 12, 1983.
- VOGEL, JOACHIM, "Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft – Überlegungen zu einer diskurstheoretischen Strafgesetzgebungslehre", en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin/Newyork de Gruyter, 2001. Existe una traducción en castellano en: Vogel, J., "Legislación penal y ciencia del derecho penal. Reflexiones sobre una doctrina teórica-discursiva de la legislación penal", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 11, 2003.
- VV.AA., *Consumo y drogas: reflexiones desde la ética*, Madrid: Fundación de Ciencias de la Salud, (2004).
- VV.AA., "Estudio Nacional sobre Partidos Políticos y Sistema electoral. Marzo-abril 2008", en www.cepchile.cl/dms/.../Enc_PartidosPoliticos_MarAbr2008.pdf (7-8-2009).
- VV.AA., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de la legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl, Roland (ed.), Madrid: Marcial Pons, 2007.
- WODAK, RUTH y MEYE, MICHEL (comp.), *Métodos de análisis del discurso*, Barcelona: Gedisa, 2003.
- WODAK, RUTH, "Aspects of Critical Discourse Analysis", en *Zeitschrift für Angewandte Linguistik*, 36, 2002.
- ZAFFARONI, RAÚL (et alii), *Derecho penal: Parte General*, Buenos Aires: Ediar (2^a ed.), 2002.

