

# ¿ES POSIBLE JUSTIFICAR LA PENA DESDE UNA PERSPECTIVA LIBERTARIA?

José Manuel Paredes Castañón

Universidad de Oviedo

## SUMARIO

1. Punto de partida: juicio de responsabilidad jurídica y pretensión de corrección moral. 2. Crítica de la pretensión de corrección moral. 2.1. Metaética individualista. 2.2. Valor de la autonomía moral del sujeto moral. 3. ¿Poseen autoridad moral el Derecho o el Estado? 4. Estado, democracia, justicia, bien común,... 5. Alternativas libertarias. 6. Anarquismo. 7. Anarquía y autonomía moral: la dudosa viabilidad del anarquismo. 8. Estado mínimo. 9. Organización de un Estado mínimo libertario. 9.1. Principios básicos. 9.2. Momento pre-constitucional. 9.3. Momento constitucional. 9.4. Momento pos-constitucional. 10. Recapitulación: el valor de la teoría política libertaria. 11. Teoría política libertaria y Derecho sancionador. 11.1. En relación con los bienes jurídicos protegidos y las conductas prohibidas. 11.2. En relación con los fines y justificación de las sanciones.

*“Ser gobernado significa ser observado, inspeccionado, espiado, dirigido, legislado, regulado, adoctrinado, sermoneado, controlado, medido, sopesado, censurado e instruido por hombres que no tienen el derecho, los conocimientos ni la virtud necesarios para ello. Ser gobernado significa, con motivo de cada operación, transacción o movimiento, ser anotado, registrado, controlado, grabado, sellado, medido, evaluado, sopesado, patentado, autorizado, licenciado, aprobado, aumentado, obstaculizado, reformado, reprendido y retenido. Es con el pretexto del interés general, ser reformado, disciplinado, puesto en rescate, explotado, monopolizado, extorsionado, oprimido, falseado y desvalijado, para ser luego, al menor movimiento de protesta, reprimido, multado, objeto de abusos, hostigado, seguido, intimado a voces, golpeado, desarmado, estrangulado en el garrote, encarcelado, fusilado, juzgado, condenado, deportado, flagelado, vendido, traicionado y, por último, sometido a escarnio, insultado y deshonrado. Esto es el gobierno, ésta es la justicia, ésta es la moralidad.”*

**Pierre-Joseph Proudhon**, *Idée générale de la révolution au XIXe siècle*

## **1) Punto de partida: juicio de responsabilidad jurídica y pretensión de corrección moral**

Acaso convenga, aun estando entre juristas, detenerse un instante, al comienzo de esta intervención, a precisar cuál es el objeto de la discusión que a continuación se va a emprender. Está implícito en el título de la ponencia, pero conviene explicitarlo: se

trata de discutir acerca de en qué casos podría llegar a estar moralmente justificada, desde la perspectiva del pensamiento libertario, la práctica que llamamos “sancionar” (penalmente)<sup>1</sup>. Esto es, la práctica, llevada a cabo por alguna institución jurídica<sup>2</sup>, de realizar un juicio retrospectivo acerca de una acción, realizada por algún sujeto moral de una determinada clase<sup>3</sup>, con el fin de decidir si dicha acción respeta o no el deber que previamente, mediante alguna norma jurídica<sup>4</sup>, le fue impuesto; y, en el caso de que se decida que no lo ha respetado, declararle, solemnemente<sup>5</sup>, responsable de una infracción (del deber, de la norma de conducta), esto es, su autor, sí, pero también a quien le debe ser reprochada (la acción y la infracción que conlleva); y, en fin, en su caso<sup>6</sup>, quien debe ser sancionado, por esa misma institución jurídica o por otra que resulte competente, como expresión material del reproche moral que las instituciones jurídicas pretenden manifestar<sup>7</sup>.

Si en el párrafo anterior he sido tan prolijo en la explicación de algo conocido por todos, ello no obedece a puro capricho. Al contrario, mi intención era destacar explícitamente algunos rasgos característicos de la práctica de sancionar, que resultarán importantes luego, en nuestra discusión:

---

<sup>1</sup> Tal vez resulte conveniente también una breve nota para ubicar este trabajo en el marco de mi línea de investigación sobre política criminal: en mi libro sobre la justificación de las leyes penales (PAREDES CASTAÑÓN (2013)), concentrado como estaba en otras cuestiones más específicamente jurídico-penales (o más habitualmente concebidas como tales), traté de un modo sólo superficial, en dos momentos de la argumentación (en concreto: en los apartados 5.3 y 6.3), el problema del desafío anarquista a la legitimidad de las prohibiciones y sanciones penales. No obstante, lo cierto es que para quien –como el que esto suscribe– las ideas de libertad y de autonomía constituyen elementos claves de la filosofía política y de la teoría de la justicia que consideramos más justificables (vid. también, en este sentido, PAREDES CASTAÑÓN (2013)), debería resultar evidente que, antes de entrar en los “detalles” del Derecho Penal justo (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, fines de las penas, principio de culpabilidad, criterios de imputación, etc.), es preciso enfrentarse a la cuestión, más radical, de si algún Derecho Penal puede ser moralmente justo y políticamente legítimo. Sirva este trabajo como (intento de) respuesta.

<sup>2</sup> Por una institución creada, en tanto que institución jurídica (esto es, con dicha competencia –puesto que la institución como tal puede haber existido previamente), por alguna norma jurídica –válida, conforme al sistema de fuentes de un sistema jurídico dado– de las que confieren competencias

<sup>3</sup> De una clase de sujetos que previamente haya sido definida, por el sistema jurídico, como destinatarios de algún deber (deber jurídico).

<sup>4</sup> Otra vez: mediante alguna norma jurídica que resulte válida, conforme al sistema de fuentes del sistema jurídico.

<sup>5</sup> El papel de tal solemnidad y formalidad ha sido destacado adecuadamente por HASSEMER (1984).

<sup>6</sup> De las condiciones que pueden volver, en su caso, moralmente justificada la sanción me he ocupado por extenso en PAREDES CASTAÑÓN (2013).

<sup>7</sup> Sobre todos estos conceptos, vid. una exposición general en ROCA (2015).

— La práctica de sancionar se basa en un juicio que una institución realiza acerca de la valoración que le merece la acción de un determinado sujeto moral (de un individuo humano, en el caso más frecuente en el Derecho Penal, aunque no sólo).

— El juicio es realizado por parte de la institución sobre la base de dos normas, ambas jurídicas, por haber sido creadas<sup>8</sup> conforme al procedimiento de creación de normas válidas de un sistema jurídico dado. La primera de las normas es aquella que le confiere a la institución la competencia para juzgar. Conforme a ella, la institución pretende tener (no sólo el poder, sino también) la autoridad para juzgar.

— La segunda norma es la que sirve como criterio para el enjuiciamiento: la que declara que el sujeto moral ahora enjuiciado tenía (en un instante determinado del tiempo pasado) el deber de hacer/ no hacer una determinada clase de acciones. Esto, en definitiva, significa que los autores de la norma pretenden con ello crear una razón para actuar, relevante para la toma de decisiones por parte del sujeto moral destinatario (en un determinado momento y situación dados). Pero no cualquier clase de razón para actuar, sino una que –se pretende- posee la peculiar característica de poseer “autoridad”. Autoridad que se traduciría en dos consecuencias: se trataría –se pretende- de una razón para actuar que habría de operar independientemente de su contenido, simplemente en razón de su origen (en la norma jurídica de conducta); y, además, se trataría –se pretende- de una razón perentoria, que obligaría a “renunciar al propio juicio” acerca de la racionalidad práctica (acerca de qué se debe hacer/ no hacer) y a reconocer la prevalencia del juicio de razón práctica plasmado en la norma de conducta (y –se pretende- dotado de autoridad) sobre el propio<sup>9</sup>.

— El acto del juicio de responsabilidad es, pues, un acto (de habla) de la institución, dirigido al sujeto moral enjuiciado, pero también al resto de un (al menos, potencial) auditorio: el conjunto de los destinatarios de la norma transgredida; y, en general, todos los sujetos morales sometidos a la autoridad del sistema jurídico. Dicho acto de habla, cuando el juicio es de afirmación de la responsabilidad, tiene por contenido: primero, una valoración negativa de la acción realizada (por no haberse dejado guiar por las razones para actuar proporcionadas por la norma de conducta –que deberían haber prevalecido independientemente de su contenido y frente a cualquier juicio propio del sujeto); y, segundo, el reproche moral consiguiente al sujeto, por ser

---

<sup>8</sup> Vamos a suponer que es así: lo será, al menos, en el mejor de los casos.

<sup>9</sup> Cfr. RAZ (1982); RAZ (1986); RAZ (1991).

considerado moralmente responsable de dicha acción, y de la infracción que conlleva. Y, por lo tanto, como alguien que no respeta (que, de hecho, cuestiona –*desautoriza*- en algún sentido de la palabra)<sup>10</sup> la pretensión de corrección moral que los creadores de la norma jurídica de conducta sostienen que la misma conlleva<sup>11</sup>.

— En este sentido, la sanción se convierte en la materialización última de dicha expresión de valoración negativa y de reproche moral. En efecto, independientemente de cuál sea la finalidad última que se mantenga que la justifica (y, por consiguiente, de cuáles sean los criterios que deben seguirse para fijar su contenido concreto)<sup>12</sup>, su vínculo con la infracción (y con la norma jurídica de conducta a partir de la cual esta es imputada) estriba precisamente en expresar, más allá de las meras palabras, con hechos materiales (causando un mal al infractor), aquella valoración y aquel reproche. Es, pues, un acto, realizado por alguna institución jurídica, de amenazar con (en la fase de conminación de la sanción)/ declarar la intención de (en la fase de imposición de la sanción)/ efectivamente infligir (en la fase de ejecución de la sanción) un daño a la persona del infractor (en su cuerpo y/o en sus libertades y/o en sus bienes), como manifestación –comunicativa- de la valoración y del reproche.

En resumidas cuentas: toda la práctica de sancionar se configura, en su especificidad (que la distancia de otras formas de coerción –un atraco-, pero también de otras modalidades de actos del poder político –una actuación policial por vía de hecho,

---

<sup>10</sup> En algún sentido, que puede ser muy diferente: obviamente, es muy distinta la actitud moral del delincuente por convicción que la de –en el otro extremo- el sujeto de débil voluntad, pero en principio sumiso ante las razones para actuar proporcionadas por la norma. No es igual (por poner dos ejemplos comparables por lo que hace a su lesividad) la actitud del miembro de un grupo armado que transporta explosivos que la del conductor aficionado a tomarse unos chupitos de orujo antes de coger el volante, aun cuando ambos creen por igual un peligro –abstracto, cuando menos- para la vida y la integridad física de las personas. Y, entre medias, caben innumerables posibilidades.

<sup>11</sup> Sin ánimo de entrar aquí en la cuestión del valor y alcance actuales de la teoría positivista del Derecho, permítaseme que adopte aquí, al menos a efectos argumentativos, una posición minimalista: esté o no justificada desde un punto de vista moral tal pretensión, parece indudable que uno de los rasgos que caracterizan al Derecho es su pretensión de ser reconocido como guía autorizada de conductas y como moralmente correcto. Que ello es lo que diferencia, en el plano comunicativo, a una norma que se pretenda jurídica de cualquier otro acto de puro poder (RAZ, (1982); RAZ (2001)).

<sup>12</sup> Se puede distinguir, en efecto (de hecho, creo que es fundamental hacerlo), entre la teoría de los fines justificados de las sanciones y su naturaleza ontológica (sociológica): sólo el hecho de que la sanción sucede a la infracción y expresa la actitud de las instituciones hacia ella (tan sólo el punto de vista interno, por lo tanto: HART (1994)) hace posible distinguir una sanción de otras consecuencias jurídicas de las acciones. Cuestión diferente es que, una vez afirmada la justificación jurídica de la sanción (por la existencia de la infracción, de sancionabilidad, etc.), los criterios conforme a los cuales se fija el contenido y alcance (aflictivo y privativo de derechos) de la sanción efectivamente impuesta no tengan por qué ser internos al Derecho. (Más aún, que, en mi opinión, ciertamente no deban serlo, sino que deban ser ir referidos a los efectos, individuales y sociales, de la sanción –de su conminación, de su imposición y de su ejecución.)

un acto de guerra), en virtud de la pretensión de que la sanción (y la imputación previa de una infracción, en la que –entre otros factores- la imputación de la sanción necesariamente se fundamenta) lleva aparejado un juicio moral, de la institución sobre la acción del sujeto moral enjuiciado, dotado de autoridad suficiente como para resultar intersubjetivamente aceptable. Sin pretensión de corrección moral (esté o no esta propiamente justificada) no existen, pues, ni infracción ni sanción<sup>13</sup>.

La cuestión, por supuesto, es que no está claro por principio cuál es la fuente que justificaría verdaderamente, en términos morales, dicha pretensión de corrección, de autoridad moral, de aquellas instituciones que han recibido la competencia para juzgar las infracciones (y las acciones a las que éstas se imputan) y las sanciones (y a los sujetos a los que se les imputan éstas). No está claro, por lo tanto, si la pretensión es algo más que pura ideología, carente de justificación racional alguna.

## 2) Crítica de la pretensión de corrección moral

De hecho, pienso que existen algunas buenas razones para sostener que, hablando en términos generales (y con las matizaciones y excepciones que a continuación se apuntarán), no es posible reconocer autoridad moral alguna, *per se*, al hecho de que una determinada razón para la acción (fundada en la atribución de un determinado deber) haya sido aportada, a través de una norma jurídica, por el órgano u órganos a los que, en un sistema jurídico dado, se reconoce la competencia para crear normas. Esto es, que (como reza uno de los eslóganes más queridos del pensamiento libertario)<sup>14</sup> no hay razón alguna para otorgar una valoración diferente a las acciones estatales (ni tampoco a las plasmadas en normas jurídicas) por el hecho de serlo, sino que las mismas han de ser juzgadas –igual que cualquier otra- en virtud de la moralidad de su contenido.

La cuestión es compleja, como ha de serlo la argumentación para fundamentar la tesis también, por lo aquí tan sólo puedo esbozar sus líneas básicas.

---

<sup>13</sup> Es esta, por lo tanto, una afirmación de índole analítica, que predica el uso correcto que se debe dar a ambos términos, sus definiciones más apropiadas.

<sup>14</sup> Cfr., por todos, ROTHBARD (2006); CASEY (2012).

## 2.1) Metaética individualista

El primer paso de la argumentación consiste en responder negativamente a la pregunta de si es posible hallar un punto de vista “imparcial”, conforme al cual se pueda afirmar de modo intersubjetivamente aceptable para todos que una determinada decisión (legislativa) no sólo es contraria a “mi” moral (y a la(s) moral(es) del subconjunto  $SC=\{s_1, \dots, s_n\}$  de sujetos, todos ellos miembros de la comunidad política)<sup>15</sup>, sino que resulta realmente contraria a “la” moral (colectiva).

Para poder responder fundadamente a la pregunta, conviene dar un paso atrás y examinar eso que denominamos “moralidad” desde una perspectiva naturalista. Desde este punto de vista, podemos considerar la moralidad en su aspecto psicológico y en su aspecto cultural. En el primero, la moralidad constituye una clase de motivos psicológicos que pueden intervenir en la motivación de la acción humana. En concreto, dicha clase de motivos puede ser caracterizada por el hecho de que los mismos son usualmente percibidos por parte de los sujetos participantes en una interacción como ineludibles y dotados de autoridad independiente<sup>16</sup>, *prima facie* al menos; cosa que no ocurre con otros motivos posibles (en condiciones de socialización normal)<sup>17</sup>.

Pero, además, esta clase específica de motivos que es la de los motivos morales pertenece a la categoría más amplia de los estados mentales intencionales: esto es, no constituyen meras experiencias fenomenológicas, sino que poseen –esto es, la mente les atribuye– una referencia a entes (mentales o extramentales) diferentes del motivo mismo. Más aún, en el caso concreto de los motivos morales, dicha referencia es de naturaleza semántica: los motivos morales están dotados de significado. Ello los vuelve susceptibles de expresión lingüística. Y, consiguientemente, hace posible también que la expresión lingüística se vea plasmada en artefactos culturales: en actos de habla, en textos,... Surge así el aspecto cultural de la moralidad: los motivos morales pueden ser explicitados y, consiguientemente, comunicados a (aseverados ante) otros, discutidos (cuestionados, o bien fundamentados con argumentos que los apoyen),... y también

---

<sup>15</sup> Pero no –al menos, no necesariamente– a la moral de otro subconjunto de sujetos  $SC'=\{s_{n+1}, \dots, s_x\}$ , también miembros de la comunidad política.

<sup>16</sup> JOYCE (2006).

<sup>17</sup> Esta percepción por parte de los sujetos tiene lugar porque en su génesis aquellos motivos aparecen conectados, en el aspecto ontogenético, con facetas básicas de la vida emocional del individuo (con las llamadas “emociones morales”): NICHOLS (2004); JOYCE (2006). Y, en el aspecto filogenético, con la dinámica adaptativa de la especie humana en sus inicios evolutivos como especie animal diferenciada: JOYCE (2006).

ordenados (y, en la medida en que el hablante posea además un poder efectivo, impuestos) a los demás.

Desde el punto de vista pragmático, las expresiones culturales (lingüísticas) de motivos morales aparecen presentadas como razones para la acción (o la inacción): esto es, como justificaciones en términos de racionalidad de acciones intencionales de los sujetos. Y, más específicamente, aparecen como justificaciones que se apoyan en última instancia –sea, pues, de forma inmediata o mediata- en reglas (morales) de acción.

Una regla moral es un enunciado de la forma “(Si se dan las condiciones  $C_1, \dots, C_n$ )  $S_X$  debe, moralmente, hacer  $A$ ”. Enunciado que, en mi opinión, semánticamente debe ser interpretado como una expresión de ciertos estados mentales intencionales del hablante; y en ningún caso como aseveración acerca de hechos. En concreto, las reglas y, en general, todos los enunciados de contenido moral expresan ciertas actitudes del hablante (aquellas que el mismo considera que poseen una justificación de naturaleza moral: como vimos, aquellas que considera ineludibles y dotadas de una autoridad independiente) hacia estados de cosas, eventos, acciones, individuos, etc.<sup>18 19</sup>.

Así pues, quien aduce razones morales para actuar, está expresando lingüísticamente la actitud que mantiene, por razones morales, hacia dicha acción. Dicha expresión de actitud ha de ser necesariamente individual en su origen: en efecto, puesto que sólo los seres humanos individuales poseen mente, y no los grupos sociales<sup>20</sup>,

---

<sup>18</sup> Vid. BLACKBURN (1984); BLACKBURN (1993); BLACKBURN (1998); GIBBARD (1990); GIBBARD (2003); GIBBARD (2013), todos ellos con ulteriores referencias. Ciertamente, la cuestión sigue siendo completamente polémica: vid., por todos, MILLER (2003), con ulteriores referencias. Yo aquí no intentaré fundamentar el presupuesto metaético (no cognitivista, expresivista, cuasi-realista) del que parto, sino que me limito a asumir las tesis que otros, con más conocimiento, han sentado y que me parecen convincentes, desde el punto de vista de la máxima naturalización de la ética, que en el texto estoy defendiendo.

<sup>19</sup> A partir de la tesis –semántica y ontológica- que se acaba de proponer acerca del significado de los enunciados morales no debería inferirse necesariamente, sin embargo, la consecuencia –metodológica- de que los mismos no puedan ser discutidos racionalmente: cfr., por el contrario, BLACKBURN (1984); BLACKBURN (1993); BLACKBURN (1998); GIBBARD (2003), quienes precisamente exploran la viabilidad de esa discusión racional en un marco metaético no cognitivista. La clave de dicha viabilidad estriba en partir de un expresivismo que no sea solipsista en el plano semántico (como lo era el neopositivismo lógico clásico, que, por ello, desterraba la ética al ámbito de lo irracional): en efecto, si el significado de los enunciados, también de los morales, obedece a las formas que adopta su uso en la vida social (*à la* Wittgenstein), entonces es posible discutir acerca de las razones –esto es, racionalmente- para usar de uno u otro modo los enunciados morales (o cualquier otro), sobre el sentido de los mismo y sobre los casos en los que resulta o no oportuno emplearlos; y, de hecho, se discutirá sobre ello, siempre que desde el punto de vista práctico se considere necesario o útil hacerlo así. Vid., al respecto, infra \*\*\*\*\* (en este cap., aptdo. sobre moral y contexto cultural; aptdo. sobre moral colectiva y normatividad) \*\*\*\*\*.

<sup>20</sup> DOUGLAS (1986).

únicamente aquellos pueden mantener actitudes mentales (morales) hacia acciones, individuos o estados de cosas. Podría ocurrir que varios individuos coincidan en la misma actitud mental hacia algo. Y, desde luego, puede ocurrir –más plausiblemente– que varios individuos profieran enunciados morales idénticos o de significado igual o muy semejante. Pero, en todo caso, ello es contingente; y además, en todo caso, cada uno habrá proferido su propio enunciado moral, distinto de los proferidos por los demás individuos. Por lo tanto, las razones morales para la acción poseen siempre su origen en –al menos– un individuo. Esto es, en un individuo real: en un ser humano que tal vez, solemos inferir, mantenga una cierta actitud mental hacia la acción en cuestión y que, desde luego, ciertamente profiere el enunciado moral y lo presenta ante su auditorio como una razón para la acción. Desde este punto de vista, una razón moral no enunciada por nadie (por ningún ser humano real perteneciente al grupo social acerca de cuya “moralidad colectiva” se discute) constituye una imposibilidad conceptual. Y, por ello, el concepto de una “moralidad colectiva crítica” (ideal), que pudiera no ser sostenida por ningún individuo real perteneciente al grupo social, lo es también.

Ahora bien, aun descartando tal imposibilidad, cabe imaginar una situación en la cual, pese a todo, una “moralidad colectiva” resultaría viable: sería el caso en el que resultara altamente probable que la gran mayoría de los miembros de la comunidad política asumiesen como propias (por razones morales, pues) una serie de reglas morales, que constituirían dicha “moralidad colectiva”.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la moralidad de cada individuo está constituida por el conjunto de reglas y de conocimientos asociados a las mismas que le sirven para responder a la pregunta “¿cómo debería (yo) vivir?”. Pero no con cualquier respuesta, sino con una que se fundamente en la previa respuesta a la previa pregunta “¿cómo se debería vivir?”. Esto es, lo característico de la moralidad parece ser la generalización, la –relativa, como veremos– despersonalización de la respuesta moral<sup>21</sup>. Ahora bien, la aparente despersonalización en el contenido de la respuesta no significa necesariamente también la despersonalización en la voz que responde; o, dicho con mayor propiedad, no significa que la mente que se expresa en la respuesta sea una cualquiera, indeterminada en sus características. En este sentido, para mantener la visión naturalista de la moralidad que vengo reivindicando, es preciso despegarse de la tradición (idealista) de la historia de la Ética, en general profundamente ciega al

---

<sup>21</sup> WILLIAMS (1985).



trasfondo histórico sobre el que se formulaban las ideas morales<sup>22</sup>. Por el contrario, lo cierto es que la respuesta moral, por muy general que sea en cuanto a su referencia semántica, procede siempre de un individuo o individuos que se hallan espacio-temporalmente ubicados. El reconocimiento de este hecho implica varias consecuencias. Así, en primer lugar, hay que admitir que, contra lo que ha constituido la tradición más asentada en la historia de la ética occidental, no es posible encontrar un “punto de vista arquimédeo”, desde el que algún hablante pueda proferir enunciados morales que gocen de autoridad general tan sólo en razón de quién (y dónde, y cuándo) los enuncia<sup>23</sup>. Por el contrario, cada hablante profiere sus enunciados morales: siempre, es cierto, con pretensión de generalidad; pero con *su* pretensión (que, lógicamente, no tiene por qué ser aceptada necesariamente por los demás sujetos). Más aún, esa misma pretensión de validez general aparece en realidad limitada en cuanto a su alcance: de hecho, pretende afectar tan sólo a las acciones del propio sujeto y a las acciones de aquellos otros sujetos con los que aquél interactúa o podría llegar a interactuar<sup>24</sup>. Pero no pretende verdaderamente incidir sobre terceros sujetos aún ignotos (y, si llega a afectarles, será porque alguien que interactúa con ellos, o puede llegar a hacerlo, recoge las razones morales de aquél y las hace suyas).

Si todo lo anterior resulta cierto (o, cuando menos, muy plausible), entonces hemos de partir de lo que podríamos calificar como una teoría metaética individualista: no es que no puedan compartirse, merced a la comunicación, creencias morales. Pero, de cualquier modo, cada una posee siempre su origen en algún individuo. Y solamente adquiere valor moral, para cualquier otro en la medida en que éste la acepte, la adopte como suya. En otro caso, aquél se sentirá ciertamente con derecho a juzgar a este conforme a sus creencias morales, pero este no reconocerá tal juicio (por más que lo reconozca como propiamente moral... conforme a unas creencias ajenas –y, por hipótesis, equivocadas) como legítimo, como vinculante<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> MACINTYRE (1987).

<sup>23</sup> WILLIAMS (1985).

<sup>24</sup> Acerca de este estrecho vínculo entre razones morales y formas de vida, vid. WILLIAMS (1985).

<sup>25</sup> Por supuesto, soy consciente de que todas las sociedades han elaborado técnicas (de comunicación, pero, sobre todo, de poder) para reducir la complejidad que esta realidad del individualismo metaético produce. No obstante, en este paso de la argumentación no me interesa todavía la cuestión política, de cómo se gobierna una sociedad con creencias plurales diversas y aun contradictorias, sino exclusivamente constatar la realidad efectiva de tal pluralidad.

## 2.2) Valor de la autonomía moral del sujeto moral

Todo lo anterior nos coloca, en definitiva, ante la cuestión de la importancia que ha de poseer el valor de la autonomía. Valor moral, por una parte, puesto que parece razonable pensar (así se ha argumentado al menos desde Aristóteles, hasta nuestros días) que sólo un plan de vida respecto del que el sujeto moral afectado posee el grado lo más elevado posible de (auto-)control posee es digno de ser vivido y valorado; y que lo será tanto más cuanto mayor sea –*ceteris paribus*– el grado de autocontrol<sup>26</sup>. Pero, por otra parte, además, si es cierto que no existe ningún punto de “vista moral arquimédeo” (“*the view from nowhere*” que reclamaba Thomas Nagel), entonces la autonomía cobra valor propio también en términos instrumentales: porque solamente si partimos de la base de que cada sujeto moral tiene derecho a definir libremente su propio universo moral (sus creencias y las actitudes que adopta a partir de las mismas), podremos aspirar a construir sociedades y comunidades políticas que no se balanceen, peligrosamente, entre el Escila de la dominación (porque tengo poder, te impongo mis creencias morales) y el Caribdis de la *stasis* (como somos incapaces de respetar las creencias morales de los demás, luchamos a muerte para imponer las nuestras a todos los demás); podremos aspirar, en suma, a ese “consenso por superposición” (meramente instrumental y limitado, además, a ciertas cuestiones de “justicia política”, no comprehensiva) del que habla John Rawls<sup>27</sup>.

## 3) ¿Poseen autoridad moral el Derecho o el Estado?

Así las cosas, creo que la respuesta a la cuestión de la autoridad moral del Derecho y de los juicios jurídicos (esto es, de su valor moral propio –no por su contenido, sino- *precisamente por el mero hecho de ser Derecho y de ser jurídicos*) depende en su mayor parte del valor que se otorgue efectivamente a la autonomía moral del sujeto. En efecto, como a continuación expondré, si la autonomía moral del sujeto (su libertad para definir y controlar sin interferencias su universo moral –creencias y actitudes) es un valor absoluto, entonces son muy pocas las circunstancias en las que podría otorgarse autoridad moral propia al Derecho. En cambio, en la medida en que se

---

<sup>26</sup> Cfr. PAUL/MILLER JR./PAUL (2003).

<sup>27</sup> RAWLS (1996).

rebaje el valor de la autonomía, la autoridad moral del Derecho empezará a resultar justificable (susceptible de ser justificada, cuando menos) en más y más casos.

A este respecto, creo que resulta impecable el razonamiento de Robert Paul Wolff: si rechazamos (como yo he hecho más arriba, y creo que es la hipótesis metaética más plausible) la posibilidad de una racionalidad moral colectiva, de una moralidad crítica colectiva<sup>28</sup>, y aceptamos el valor moral absoluto de la autonomía moral del sujeto, entonces prácticamente no puede haber supuestos en los que se reconozca al Derecho<sup>29</sup> autoridad moral propia, ya que dicha autoridad ha de ir (prácticamente siempre) en detrimento de la autonomía del sujeto. Porque un sujeto moral que adopta como razón para la acción una que le proporciona la norma jurídica de conducta única o principalmente (no porque considere que su contenido es moralmente valioso, sino, con independencia de ello) porque le ha sido proporcionada por un tercero, está renunciando a parte de su autonomía moral, en beneficio de ese tercero<sup>30</sup>.

Prácticamente siempre, pero no siempre. En concreto, hay tres supuestos en los que la autonomía moral resultaría compatible con reconocer la autoridad moral de un tercero (aquí, el Derecho) para sustituir el propio juicio y proporcionar razones para la acción perentorias y con una fuerza independiente de su contenido:

— El primero de tales supuestos sería el caso del sometimiento a normas jurídicas (o, en general, a decisiones políticas) adoptadas mediante un procedimiento de democracia directa por unanimidad. En tal caso, obviamente, el sujeto que se compromete a obedecer tal norma se está comprometiendo a obedecer algo que él mismo ha aprobado<sup>31</sup>.

— El segundo supuesto es el del pacto expreso de sumisión a las decisiones de un tercero<sup>32</sup>. Todo el pensamiento libertario acepta que la decisión libre y voluntaria<sup>33</sup> de

---

<sup>28</sup> WOLFF (1973).

<sup>29</sup> Me refiero al Derecho positivo creado *ex nihilo* por los órganos competentes para ello según el sistema de fuentes del ordenamiento: el caso de la ley en todas sus manifestaciones. Puesto que los casos de la costumbre (creada por la interacción social) y de los “principios generales del Derecho” (normas morales incorporadas) serían algo diferentes. No obstante, puesto que hablamos del Derecho Penal y de la justificación de la pena, prácticamente podemos prescindir de tales especificidades.

<sup>30</sup> WOLFF (1970).

<sup>31</sup> WOLFF (1970).

<sup>32</sup> Ejemplo sencillo: promesa, mediante un contrato (suscrito en condiciones de plena libertad y consentimiento informado), de hacer algo.

<sup>33</sup> Ello implica, claro está, que el pacto de sumisión haya sido realizado en ausencia de coacción y con un consentimiento bien informado. Lo que cabe discutir es qué se entiende por tal: en particular, si las

someterse a las decisiones de otro resulta (cuando menos, mientras no sea un pacto irrevocable) una manifestación de la autonomía del sujeto<sup>34</sup>.

— Por fin, el tercer y último supuesto resulta algo más problemático, por ser más difuso: se trata del caso en el que un sujeto, aun no deseando en principio someterse a la decisión de un tercero, tenga razones para creer que dicho tercero tiene una capacidad superior a la suya propia para, aplicando la racionalidad, adoptar la decisión óptima de entre las posibles para lograr los fines de aquél. Se trata, pues, del caso de un sujeto con limitaciones en la racionalidad de su capacidad de juicio, por cualquier razón (debilidad de voluntad, falta de información suficiente, de capacidades de enjuiciamiento, etc.)<sup>35</sup>. En tales condiciones, podría constituir un buen ejercicio de la propia autonomía someterse a la decisión de otro<sup>36</sup>.

Debe observarse que en los tres supuestos que acabo de enumerar (y sólo en ellos) la autonomía moral del sujeto queda preservada. En los dos primeros, porque es el sujeto el que libremente (cualesquiera que sean sus razones) decide someterse a la decisión de otro. Y, en el tercer caso, porque (como ha señalado acertadamente Joseph Raz) en él el sometimiento a la autoridad moral de otro es en realidad muy limitado: la decisión del tercero deberá basarse en aquellas razones para la acción que fuesen ya de suyo aplicables, y no en ninguna otra; lo único que sucede, pues, es que la decisión del tercero sustituye al juicio práctico que el sujeto mismo podría realizar, pero lo que no cambian son las razones que pueden ser legítimamente tomadas en consideración para adoptarla<sup>37</sup>.

Por lo tanto, es dudoso que en cualquiera de los tres casos referidos pueda hablarse, en sentido propio, de una auténtica autoridad moral del tercero sobre el sujeto. Puesto que en ninguno de los tres se cumplen las condiciones más arriba explicitadas:

---

situaciones de dominación no violenta (que ponen al sujeto en la tesitura de que la única alternativa racional sea someterse, no por deseo, sino por necesidad) dan lugar a pactos libres o no. El libertarismo conservador (fiel a una definición puramente liberal de libertad: libertad como no interferencia) tiende a afirmarlo, mientras que el libertarismo de izquierdas (más propicio a una definición republicana de libertad: libertad como no dominación –PETTIT (1999)) tiende a negarlo.

<sup>34</sup> WOLFF (1970). Cfr. también STEINER (1994); VALLENTYNE (2000); OTSUKA (2003); VALLENTYNE/STEINER/ OTSUKA (2005).

<sup>35</sup> Ejemplo sencillo: un individuo decide poner en manos del médico (por considerarle más capacitado para examinar la información sobre su salud, grado de sufrimiento y proximidad de la muerte) la decisión de cuándo desconectar el respirador de su hijo, pero bajo las condiciones que él mismo impone (por ejemplo: dar prioridad absoluta a que el paciente no sufra).

<sup>36</sup> RAZ (1986); RAZ (2001).

<sup>37</sup> RAZ (1986).

no hay razones para actuar independientes de su contenido, ni tampoco razones perentorias, sino que sigue en manos del sujeto mismo la decisión de qué fines, y qué razones para actuar, valen o no para él, para su acción.

#### 4) Estado, democracia, justicia, bien común,...

Obsérvese además qué es lo que no se ha dicho:

— No se ha dicho que el hecho de que la decisión haya sido adoptada con el apoyo de la mayoría de los miembros del grupo (sea cual sea la mayoría que se exija... excepto si es la unanimidad) le otorgue autoridad alguna. De hecho, si se toma en serio la autonomía moral de los sujetos, una decisión mayoritaria sólo goza de autoridad si estos, previamente, han consentido expresamente (recuérdese: mediante decisión unánime o mediante pacto expreso de sumisión) en someterse a la misma. Mas no en otro caso<sup>38</sup>.

— Tampoco se ha dicho que la orientación de la decisión hacia el “bien común” la dote de autoridad. Y ello, porque justamente, en el contexto de imposibilidad de una moralidad colectiva crítica y de respeto a la autonomía moral del sujeto, el bien común ha de ser determinado mediante decisión<sup>39</sup>. Y dicha decisión solamente si es adoptada por unanimidad resultaría vinculante para un sujeto moral autónomo<sup>40</sup>.

#### 5) Alternativas libertarias

La conclusión, hasta aquí, ha de ser, por lo tanto, que, hablando en términos exclusivamente morales<sup>41</sup>, la autoridad moral de las instituciones políticas, así como la

---

<sup>38</sup> WOLFF (1970); RAZ (1986). Obviamente, una teoría contractualista seria (que se tome en serio la autonomía moral de los sujetos) no puede basarse en meras hipótesis, especulaciones, “consentimientos *de facto*” u otros artificios retóricos semejantes, sino que debe exigir un consentimiento real y válido de cada sujeto en el pacto: SARTWELL (2008); HUEMER (2013); BARNETT (2014b); EGOUMENIDES (2014).

<sup>39</sup> SARTWELL (2008); HUEMER (2013); BARNETT (2014b); EGOUMENIDES (2014).

<sup>40</sup> Por fin, tampoco se ha hablado de un caso muy específico: el caso en el que los deberes morales que el propio sujeto acepta tener para con terceros le (auto-)obliga a someterse a la autoridad (RAZ (1986)). (Ejemplo: Un individuo muy rico que acepta tener un deber de contribuir a sostener a prójimos más pobres y, para ello, se somete a la decisión de una autoridad –la tributaria, pongamos– para determinar cuánto, cuándo y cómo debería hacer su contribución.) Obsérvese, no obstante, que en realidad este caso no es más que una variación-combinación de dos de los supuestos examinados más arriba: pacto de sumisión, delegación del juicio por razones epistémicas.

<sup>41</sup> Más exactamente: desde una determinada posición –la que aquí se sostiene– en el plano metaético (expresivismo, individualismo) en el de la ética sustantiva (vid. PAREDES CASTAÑÓN (2013)) y en el de la filosofía política y teoría de la justicia (valor moral prevalente de la autonomía moral del sujeto).

del Derecho puesto por éstas, resulta (con las excepciones reseñadas, francamente irrelevantes para la cuestión que nos ocupa) antes una construcción puramente ideológica que una tesis que pueda justificarse sobre la base del razonamiento moral. Que, por lo tanto, ni el hecho de que una decisión política (o la norma jurídica que la contiene) haya sido aprobada mediante decisión democrática (no unánime), ni tampoco el hecho de que sea una decisión (para mí) justa constituyen argumentos decisivos, desde el punto de vista moral, para dotarla de autoridad (frente al razonamiento moral autónomo de cada sujeto moral), en la medida en que un determinado sujeto –cada uno- haya decidido, libremente, reconocérsela.

Llegados a este punto, dos son las alternativas que un libertario coherente puede adoptar. La primera es el anarquismo: es decir, proponer, como teoría política normativa, una en la que la sociedad se organice prescindiendo de la coerción estatal (y del Derecho puesto por este –veremos luego si también de cualquier Derecho). La segunda, reconocer que, aun siendo en principio la primera alternativa –el anarquismo- mejor, la misma resultaría irracional *por razones exclusivamente instrumentales (que no morales)*; esto es, debido a las dificultades insalvables que conlleva prescindir por completo de las instituciones políticas y de la coerción para organizar la sociedad (y, en definitiva, el buen vivir). Y, consiguientemente, aceptar que puede ser necesario por ello cierto grado de coerción, y cierto grado de renuncia a la autonomía moral; y reconocer, pues, cierto grado de autoridad a algunas instituciones y decisiones políticas (y a las normas jurídicas en ellas originadas), siempre que se cumplan determinadas –y restrictivas- condiciones.

Obsérvese, no obstante, dónde reside el punto de discrepancia entre unos y otros (en esta cuestión, puesto que puede haber –y, de hecho, suele haber- otras de distinta índole)<sup>42</sup>: no en que no existe razón moral alguna (que preserve la propia autonomía de cada sujeto) para aceptar las razones para la acción que el Estado pretenda proporcionarnos. Sino en si (como sostienen los libertarios) podría ocurrir que un

---

<sup>42</sup> En efecto, no es la menor de las paradojas el hecho de que existan dos corrientes de pensamiento libertario, de derechas y de izquierdas, que están enfrentadas en casi todo, salvo en su reluctancia frente a la autoridad política y en su empeño en preservar a toda costa la prioridad de la autonomía moral de los miembros de la comunidad política. Y es que, en realidad, la dicotomía derecha/ izquierda resulta, para abordar cuestiones complejas de políticas públicas, demasiado simplista: como yo mismo apunté ya hace años, “una política criminal debería recibir valoración política desde dos puntos de vista diferentes: por su grado de intervencionismo y, por otro lado, en atención a qué sectores sociales principalmente protege y aquellos otros cuya libertad restringe” (PAREDES CASTAÑÓN (2003)). Éste que hoy abordamos es un buen ejemplo de la necesidad de atender a los matices.

respeto absoluto a la autonomía moral pudiese, a la larga, resultar contraproducente y dar lugar a una situación social (anárquica) en la que, de hecho, la autonomía moral de los sujetos sufriera más que en otra en la que estos hayan renunciado (limitadamente, moderadamente) a algo de autonomía, en pro de la coordinación entre conductas y esferas de autonomía. O si, por el contrario (como defienden los anarquistas) tal renuncia –incluso si es limitada- no sólo no está moralmente justificada, sino que resulta innecesaria. Es decir, la discrepancia se refiere a cuáles son los diseños institucionales que resultan posibles; y, de entre ellos, a cuáles resultan, desde la perspectiva de la racionalidad instrumental, más eficaces (para asegurar el máximo de autonomía moral) y eficientes (al menos coste).

## **6) Anarquismo**

La alternativa del anarquismo ha sido propuesta efectivamente por algunos. Como veíamos, lo que hay que preguntarse en relación con ella no es tanto si resulta moralmente deseable (ello aparecerá como evidente para cualquier libertario), sino si resulta racional en términos instrumentales. Esto es, hay que preguntarse cómo pretenden los partidarios del anarquismo resolver los problemas de coordinación social y examinar críticamente si sus propuestas parecen (técnicamente) viables.

En concreto, yo centraré mi atención en lo que aquí más nos interesa: en cuál es el diseño institucional que proponen para afrontar los problemas de desviación social (el control de las violaciones de las normas justas de interacción social y de la consiguiente defraudación de las expectativas del resto de los sujetos implicados en la interacción).

Lo que tienen en común todos ellos (además de su rechazo a la alternativa de constituir una autoridad central que pretenda monopolizar la capacidad de coerción sobre los sujetos desviados) es su crítica al concepto de sanción. En efecto, los defensores de la alternativa anarquista mantienen que la sanción, cualesquiera que sean sus fines (es decir, tanto si pretende retribuir males pasados como si pretende prevenir males futuros) resulta ser una herramienta moralmente injustificable: porque ni hacer justicia ni evitar potenciales e indeterminados males futuros son razones suficientes para privar de sus derechos, y de su autonomía, a un individuo; porque, en suma, ni la justicia ni el “bien común” poseen valor moral propio, más allá de los intereses y derechos de los individuos afectados.

De este modo, todos los defensores del anarquismo apuestan decididamente por una combinación de dos herramientas:

— Primero, por una justicia con finalidad exclusivamente restaurativa. El objetivo, en efecto, de la resolución colectiva de los conflictos sociales debería ser únicamente el de corregir las situaciones injustas y restablecer a cada sujeto en sus derechos violados. Y nada más: ni castigar, ni intimidar, ni inocuizar, ni resocializar...<sup>43</sup>

— Y, en segundo lugar, admitiendo que puede haber ocasiones en que resulte imprescindible (moralmente justificado e instrumentalmente necesario) precaverse frente a futuras violaciones de normas, los anarquistas defienden el recurso a la imposición, cuando resulte imprescindible (proporcionado), de medidas de carácter preventivo, de carácter (cuasi-)policial, basadas –y aquí estibaría la diferencia con la sanción- en riesgos inmediatos, concretos y comprobables<sup>44</sup>. Nada, pues, de sanciones que pretendan evitar riesgos genéricos de reincidencia (prevención especial) o efectos criminógenos (prevención general).

Hasta aquí el consenso. A partir de aquí, cuando hay que concretar el diseño institucional (de determinar quién y cómo debería administrar dicha justicia restaurativa y decidir sobre tales medidas restrictivas de libertad frente a sujetos peligrosos), los defensores de la alternativa anarquista se dividen claramente en dos bandos, en función de cuál es la opción política (conservadora o progresista) que, por lo demás sostienen. Esto es, en atención al papel que otorgan a la igualdad y a la libertad materiales (no puramente formales) en el modelo de sociedad justa que defienden.

En efecto, de una parte, los defensores conservadores del anarquismo optan por las agencias privadas de protección<sup>45</sup>, y por el pago de sus servicios, como solución institucional. El argumento es claro: el mercado y el mecanismo de los precios constituyen las mejores herramientas institucionales para valorar la preferencia sincera que cada individuo le da a la seguridad de su persona, bienes y derechos; cada individuo debe ser, pues, libre para decidir cuánto invierte en su propia protección<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> LEESON (2005); CHARTIER (2013); HUEMER (2013); BARNETT (2014a).

<sup>44</sup> RITTER (1980); CHARTIER (2013); BARNETT (2014a).

<sup>45</sup> Obsérvese que, de acuerdo con lo acabado de decir, aquí “protección” vale por: a) medidas preventivas (de índole policial) para evitar que la violación de normas y de derechos tenga lugar; y b) aseguramiento de la compensación del daño sufrido, en el caso de que éste ocurra. No se contempla, pues, la posibilidad de sancionar al infractor, privándole de sus derechos (¿en nombre de qué o de quién podría hacerse tal cosa, en una sociedad anarquista?).

<sup>46</sup> ROTHBARD (2006); CASEY (2012); HUEMER (2013).



Por su parte, el anarquismo de izquierdas posee una teoría del control social bastante más nebulosa<sup>47</sup>. Oscilando entre quienes –la gran mayoría- defienden que en una sociedad anarquista la única medida de control social puede y debe ser la censura comunitaria (boicot, ostracismo, mala fama, reprensión, etc.)<sup>48</sup> y quienes, en cambio, aceptan que los miembros de la comunidad puedan recurrir en ocasiones –en casos límite- a la violencia para detener a los infractores de normas sociales<sup>49</sup>.

## 7) Anarquía y autonomía moral: la dudosa viabilidad del anarquismo

¿Qué puede decirse de la alternativa anarquista? Como antes señalé, ningún libertario dudará de que en principio, si dejamos a un lado los problemas de racionalidad instrumental, una estrategia de control social que prescindiera del reconocimiento de una autoridad independiente de la de los propios individuos (y de la comunidad que estos de hecho constituyen)<sup>50</sup> resulta la más deseable en términos morales, de maximización de la autonomía de los sujetos morales. Ahora bien, cabe albergar serias dudas acerca de la viabilidad efectiva de los diseños institucionales puramente anarquistas, en sociedades lo suficientemente complejas como para que en ellas buena parte de las interacciones sociales resulten anónimas<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> Ello no por casualidad, sino porque, en general, la teoría política anarquista de izquierdas se caracteriza por una combinación, esencialmente inestable, entre la confianza ilustrada en la razón, en el individuo y en la libertad individual, de una parte; y una confianza desmesurada en la potencia de la comunidad, de otra (ÁLVAREZ JUNCO (1992)). Así, por ejemplo, RITTER (1980) afirma expresamente que el anarquismo (*scil.* el anarquismo de izquierdas) pretende maximizar a un tiempo la libertad individual y la cohesión de la comunidad. Que ello pueda resultar en diseños institucionales estables es ya otro cantar...

<sup>48</sup> Así, por ejemplo, RITTER (1980); TIFFT/ SULLIVAN (1980); SAMUELS (2005); GRAEBER (2011).

<sup>49</sup> Así, por ejemplo, CHARTIER (2013).

<sup>50</sup> Una advertencia es importante aquí: la censura comunitaria como estrategia de control social sólo se diferencia netamente del control social formal estatalizado si la comunidad de que se trate es una máximamente igualitaria, primero, y respetuosa además con el pluralismo y con los derechos de todos. Es decir, una comunidad en la que todos los individuos se hallen efectivamente (materialmente) en posición de igualdad. Pues, en otro caso, si la comunidad es desigual, o si no respeta el pluralismo, o no respeta los derechos, entonces la censura se convertirá en coerción. Por supuesto, esto plantea un enorme desafío a la teoría política anarquista, que rara vez ha sido abordado y solucionado de manera convincente (cfr., sin embargo, SAMUELS (2005)).

<sup>51</sup> En efecto, como señala HOGARTY (2005), la piedra de toque de cualquier teoría del orden social, y también del anarquismo, es aquel grupo social en el que las interacciones se vuelven anónimas. En las que ya no se puede contar, pues (no, al menos, por principio), con que existan motivos, afectos, lazos entre los sujetos de la interacción que preconfiguren el modo en que esta va a tener lugar, sino que hay que confiarlo todo a las expectativas y a los patrones de interacción social, y al modo en el que las mismas son hechas valer frente a un extraño.

Las dudas se derivan tanto de la experiencia histórica real como de los análisis teóricos. En el primero de los aspectos, las investigaciones acerca de la historia del poder político en Europa parecen dejar meridianamente claro que los estados modernos tienen su origen en situaciones políticas pre-estatales inestables (feudalismo y situaciones similares) que, en condiciones de desigualdad, evolucionaron hacia un monopolio de la coerción por parte de algunos de los agentes activos en aquellas<sup>52</sup>. Un monopolio que –con todas sus irregularidades y conflictos- se ha revelado mucho más estable.

Se podría aducir, no obstante, con razón, que la evidencia histórica (aunque siempre ilustrativa) resulta insuficiente, porque es contingente. Sin embargo, ocurre que al lado de tal evidencia existen también sólidos análisis teóricos –de teoría social- que apuntan en la misma dirección: en la de que una organización política puramente anarquista resulta (no de forma contingente, sino necesaria) difícilmente viable, por inestable y por producir además indeseables consecuencias colaterales, en detrimento de la justicia y de la propia autonomía moral de los sujetos.

En efecto, los estudios de teoría social acerca de situaciones de anarquía indican lo siguiente:

— En una situación de anarquía pura (ausencia de derechos y de normas generalmente reconocidos) también existe un orden, un equilibrio. Pues en ella también existen incentivos para los agentes para llegar a acuerdos (de no agresión): aun en el caso extremo, el puro y duro exterminio físico del otro conlleva costes (también de oportunidad) y riesgos; y, además, en la mayor parte de las ocasiones el más poderoso no tiene interés en exterminar al resto, sino en interactuar con ellos, explotándoles. Todo ello conduce a órdenes sociales estables, en los que se llega a acuerdos. Acuerdos que, por supuesto, están condicionados por las preferencias de cada sujeto por una cierta distribución de bienes, sus capacidades relativas para hacerla efectiva (esto es, por las distribuciones de los recursos y por relaciones de poder existentes) y los costes de hacerla efectiva<sup>53</sup>.

— Los acuerdos (que estabilicen las formas de la interacción social) son tanto más probables cuanto más prolongada en el tiempo sea la interacción<sup>54</sup>: una evidencia

---

<sup>52</sup> Existe hoy ya una amplia bibliografía sobre el tema: mencionaré tan sólo, como representantes eximios de ella, a Michael Mann (MANN (1991/ 1997) y a Charles Tilly (TILLY (1985); TILLY (1990)).

<sup>53</sup> BUSH (2005); TULLOCK (2005).

<sup>54</sup> TULLOCK (2005).

empírica consolidada muestra que el principal engrasador de la cooperación es la perspectiva de tener que seguir interactuando prolongadamente con los mismos o similares sujetos. (A *contrario*, cuanto más esporádica sea la interacción, más incentivos existirán para no llegar a acuerdos, o para no respetarlos.)

— Cabe una ulterior mejora en la seguridad y estabilidad de la interacción: introducir una agencia independiente encargada de supervisar el cumplimiento de los acuerdos contraídos<sup>55</sup>. Una agencia así beneficia a principalmente a los grupos sociales dominantes, dado que les permite reducir el esfuerzo para mantener el *statu quo* y, además, asegurarse el apoyo de partes más débiles de la población sometida (a cambio de “*paz y seguridad*”, aunque sea injusta)<sup>56</sup>. En todo caso, lo importante es que ambas partes tienen incentivos para aceptar la creación de dicha agencia.

— Esto, por lo que hace a las interacciones consideradas aisladamente. Ocurre, sin embargo, que existe otro efecto casi necesario de una situación de anarquía: la búsqueda constante de constituir coaliciones. En efecto, en una situación de ausencia de normas y de derechos de propiedad generalmente reconocidos, existe un incentivo considerable para aliarse, para proteger la propia situación y/o para mejorarla en detrimento de terceros<sup>57</sup>.

— No obstante, lo que nos indica el análisis teórico es que las coaliciones más probables (porque poseen mayores incentivos para surgir) no son las de individuos prudentes que tan sólo quieren conservar lo que ya poseen, sino más bien las coaliciones de extorsionadores: coaliciones orientadas a mejorar la posición de sus miembros, arrebatando para ello su posición a terceros no miembros<sup>58</sup>.

— Otro tanto ocurre con la agencias de protección y supervisión: en una situación de anarquía, existen fuertes incentivos para: a) limitar la protección ciertos grupos sociales, los más pudientes y/o poderosos; b) emplear el poder asumido por la agencia de protección no en favor de sus clientes, sino para extorsionarles; c) generar

---

<sup>55</sup> TULLOCK (2005).

<sup>56</sup> Éste es el punto de partida: el beneficio de la introducción de una agencia de supervisión se reparte en principio en proporción al reparto previo de derechos de propiedad y de recursos. Sin embargo, luego, una vez creada la agencia, el modo en que la misma funcione puede hacer que se produzcan efectos redistributivos, a favor de uno u otro grupo. Dependiendo de cómo sean las reglas bajo las que la misma adopta sus decisiones. Lo que plantea la cuestión, decisiva desde el punto de vista libertario, de qué reglas aseguran la neutralidad de la agencia y maximizan la autonomía moral de los sometidos a su supervisión: vid., al respecto, BUCHANAN/ TULLOCK (1993).

<sup>57</sup> HOGARTY (2005).

<sup>58</sup> HOGARTY (2005).

colusiones entre las agencias de protección y los infractores, en detrimento de los ciudadanos respetuosos de los acuerdos; d) cartelizar el negocio de la protección y constituir monopolios (excluyendo a otras agencias, fijando monopolísticamente precios y condiciones)<sup>59</sup>.

Por lo tanto, lo que el análisis teórico nos muestra (avalado también, en lo que valga, por la evidencia histórica) es que, en sí misma, la situación de anarquía no tiende a ser una de puro caos, sino una de orden. Pero, eso sí, de un orden extremadamente desigual: con elevadas oportunidades para mejorar la posición a costa de los demás, pero también con grandes riesgos de quedar excluido (de las coaliciones, de las agencias de protección, de los acuerdos más beneficiosos, de la acumulación). Un orden, en suma, particularmente perjudicial para todo sujeto que posea –por naturaleza o por las circunstancias- un elevado grado de aversión al riesgo<sup>60</sup>.

Parece dudoso que esta situación de orden desigual e inseguro (extremadamente problemática, desde el punto de vista de la preservación de la autonomía moral de los sujetos) pueda ser revertida por cualquiera de los diseños institucionales que la teoría política anarquista, conservadora o progresista, ha propuesto. En el caso de la conservadora, ya hemos visto que las agencias privadas de protección, que son parte de la solución al problema de coordinación de primer orden, generan difíciles problemas de coordinación de segundo orden: *quis custodet custodes?*, o el problema de la relación principal/ agente. Y, en el caso de la teoría anarquista progresista, porque cabe dudar de que sea posible una censura comunitaria que resulte al tiempo igualitaria (no coercitiva) y efectiva, cuando la estructura de incentivos de la situación promueve más bien, como hemos visto, la constitución de coaliciones, la acumulación y desposesión de terceros, etc.

## 8) Estado mínimo

A la vista de lo anterior, la alternativa institucional mayoritaria dentro del pensamiento libertario ha sido la opción por un *second best*: el Estado mínimo.

---

<sup>59</sup> HUEMER (2013); BARNETT (2014a).

<sup>60</sup> Es en este sentido en el que hay que interpretar la clásica y vívida descripción del estado de naturaleza de Thomas Hobbes: “*En tal condición (...) lo que es peor que todo, miedo continuo, y peligro de muerte violenta; y para el hombre una vida solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta*” (HOBBS (1651)).

Randy Barnett lo ha expresado con mucha claridad y detenimiento: existen tanto problemas de conocimiento (limitaciones en el conocimiento que cada individuo posee de la situación en la que actúa) como problemas de parcialidad (cada individuo atiende principalmente a aquello que más le interesa) y problemas de poder (cada individuo intenta hacer valer sus intereses) que recomiendan que exista una agencia monopolística de protección, capaz de emplear la coerción<sup>61</sup>.

El Estado mínimo se caracteriza, en efecto, por constituir una agencia monopolista de protección y de supervisión de acuerdos: a diferencia de una sociedad anarquista, en el Estado mínimo todos los miembros de la comunidad están obligados a someter los acuerdos en los que basan sus interacciones a la supervisión; o, visto desde otro punto de vista, todos los miembros de la comunidad se benefician de dicha protección y de dicha supervisión<sup>62</sup>.

Una agencia así es un Estado mínimo si, para garantizar tal supervisión y tal protección, interfiere tan sólo lo estrictamente imprescindible en la autonomía moral de los sujetos beneficiarios de su actuación. Porque (siguiendo la argumentación de Barnett), al igual que hay problemas de conocimiento, de parcialidad y de poder que exigen mantener una agencia monopolística de protección, también hay limitaciones inherentes e insalvables de conocimiento (tiene serias dificultades para acceder a toda la información pertinente para adoptar decisiones)<sup>63</sup>, de parcialidad (captura de las agencias por intereses particulares, corrupción, persecución de los intereses propios de la burocracia) y de poder (abuso de poder, colusión) en el funcionamiento de dichas agencias, que las vuelven herramientas peligrosas, que han de ser utilizadas con precaución y con mesura.

Obsérvese, antes de continuar, que lo característico del Estado mínimo del pensamiento libertario (lo que une en realidad a todo el pensamiento libertario) es que constituye únicamente una herramienta: un diseño institucional para asegurar que la autonomía moral de los sujetos se vea maximizada. O, dicho de otra forma, ni el estado por sí mismo posee valor moral alguno (de hecho, todo libertario sería feliz

---

<sup>61</sup> BARNETT (2014a). En un sentido similar se expresan NOZICK (1988); GUNNING (2005); BUCHANAN (2009).

<sup>62</sup> Un Estado mínimo produce, pues, en comparación con el estado de anarquía, efectos distributivos, en beneficio de los individuos que se habrían quedado fuera de las coaliciones, de las agencias de protección, de los acuerdos beneficiosos y de la acumulación: NOZICK (1988).

<sup>63</sup> Sobre las limitaciones del Estado como gestor de la información relevante se extendió ya en su día Friedrich Hayek (HAYEK (2008)).

sustituyendo esa agencia monopolística de protección –un mero *second best*, como he señalado- por algún otro diseño institucional que prescindiese de la coerción y que fuese eficaz). Ni en ningún caso es aceptable que el medio llegue a convertirse (a pervertirse) en un fin en sí mismo, por lo que la medida de la aceptabilidad –legitimidad- del Estado mínimo será en todo caso cómo, cuánto y a qué coste protege la autonomía moral, los derechos, de los miembros de la comunidad. Ningún valor ni legitimidad ni deber de obediencia fuertes (esto es: por razones morales) podrá derivarse, pues, de este punto de partida: el Estado vale y debe ser obedecido en la medida en la que sirve para proteger la autonomía moral de los individuos (por razones primordialmente instrumentales, por lo tanto); nunca más allá.

## 9) Organización de un Estado mínimo libertario

¿Y cómo es (debe ser) un Estado mínimo, de acuerdo con el pensamiento libertario?

### 9.1) Principios básicos

— Se trata de un Estado en el que se parte de que todos y cada uno de los individuos posee, antes de su reconocimiento por parte del Estado y del Derecho, unos derechos<sup>64</sup>.

— Todos los derechos del individuo resultan ser, en último extremo, manifestaciones de su derecho de auto-propiedad<sup>65</sup>. El derecho de auto-propiedad es el derecho de propiedad más potente que se puede reconocer a todos y cada uno de los sujetos morales de manera igualitaria (y que constituye la herramienta institucional básicas para que puedan ejercer efectivamente su autonomía moral)<sup>66</sup>. (Cualquier otro derecho de propiedad ni es imprescindible, hablando en sentido estricto, para el ejercicio de la autonomía moral, ni sería posible reconocérselo a todos y cada uno de los sujetos morales.)

---

<sup>64</sup> ¿Naturales, morales,...? Ahora no nos interesa demasiado dilucidar esta cuestión, que posee, sin embargo, indudable interés teórico, pero también ético (para decidir cuál es su fuente y cuáles deben ser reconocidos como tales).

<sup>65</sup> COHEN (1995).

<sup>66</sup> VALLENTYNE/ STEINER/ OTSUKA (2005).

— El derecho de auto-propiedad implica: a) la facultad de control sobre uno mismo (cuerpo y mente); b) el derecho a una compensación si alguien pretende utilizar mi mente o mi cuerpo; c) el derecho a hacer valer tales derechos (prevención frente a futuras violaciones, o compensación frente a las pasadas); d) la facultad de transferir el control a terceros; y e) la inmunidad frente a la pérdida del derecho<sup>67</sup>.

— El derecho de auto-propiedad se manifiesta, en la práctica en libertades de acción (de mi mente y de mi cuerpo).

— El fundamento del Estado mínimo libertario estriba en la decisión (libre y voluntaria) de los individuos de intercambiar algunas de sus libertades pre-políticas por derechos reconocidos y protegidos por el Estado. Tal es el papel del momento constitucional.

— Es preciso, pues, distinguir claramente tres momentos: a) el estado previo de asignación de derechos (de auto-propiedad, en última instancia); b) el momento de las decisiones constitucionales, de la decisión acerca de qué derechos pre-políticos se intercambian por derechos reconocidos por el Estado (y cuáles no); y c) el momento pos-constitucional<sup>68</sup>.

## 9.2) Momento pre-constitucional

Existe división, dentro del pensamiento libertario, acerca del alcance de la asignación pre-constitucional de derechos; acerca del contenido del derecho de auto-propiedad, en suma. Así, el pensamiento libertario conservador defiende que el derecho de auto-propiedad implica también el derecho de apropiación sobre todos aquellos bienes no poseídos por nadie<sup>69</sup>. En cambio, el pensamiento libertario progresista sostiene que ello sólo sería moralmente aceptable en un universo –implausible– en el que no existiese la condición de la escasez: esto es, en el que la apropiación por parte de

---

<sup>67</sup> STEINER (1994); VALLENTYNE (2000); VALLENTYNE/ STEINER/ OTSUKA (2005).

<sup>68</sup> Obviamente, aquí los términos “*pre-constitucional*”, “*constitucional*” y “*posconstitucional*” no poseen el significado habitual en dogmática jurídica: no se refieren a decisiones adoptadas por diferentes procedimientos, sino con diferentes contenidos; materialmente, pues, pre-constitucionales, constitucionales y posconstitucionales. La relación entre la naturaleza política del contenido (de las decisiones) y la naturaleza jurídica de sus respectivos receptáculos formales (textos normativos) resulta, sin duda alguna, una cuestión problemática, sobre la que se ha discutido particularmente en la doctrina constitucionalista norteamericana (vid., entre otros, ACKERMAN (1991); ACKERMAN (1998); ACKERMAN (2011); ACKERMAN (2014); MOORE (1996); BELLAMY (2010); KRAMER (2011); BARNETT (2014c)) y a la que aquí no haré referencia.

<sup>69</sup> NOZICK (1988).

algunos individuos no impidiese oportunidades semejantes de apropiación por parte de los demás. Y que, por consiguiente, sólo el control sobre el propio cuerpo y mente, y sus acciones, pero no sobre los bienes materiales, está cubierto por los derechos prepolíticos<sup>70</sup>.

### 9.3) Momento constitucional

— En el momento constitucional, se acuerda: a) un pacto de no agresión; b) una asignación de derechos (políticamente reconocidos); c) un acuerdo sobre la forma de hacer cumplir las normas; y d) un acuerdo sobre las reglas para tomar decisiones en la fase posconstitucional<sup>71</sup>.

— Obsérvese que en la interpretación libertaria, el acuerdo constitucional no es tan sólo una metáfora o una hipótesis regulativa: antes al contrario, ha de ser un acuerdo real (y libre)<sup>72</sup>. Pues, en ausencia de acuerdo unánime sobre las cuestiones de índole constitucional, no existe ninguna razón para que el sujeto se someta a las decisiones que el Estado adopte en el momento pos-constitucional. (Quiero decir: ninguna razón que sea independiente del contenido de cada decisión. Ninguna razón para reconocer –en el sentido visto- la autoridad del Estado, vaya.)

— Obviamente, pues, por lo que hace a la asignación de derechos, cabe imaginar cualquier clase de criterio de reparto, puesto que, si ha de tratarse de un acuerdo constitucional real, que se opte por un u otro dependerá de quiénes (y de cómo, de cuándo, de dónde) participen en él<sup>73</sup>. En todo caso, en términos políticos, un acuerdo

---

<sup>70</sup> STEINER (1994); VALLENTYNE (2000); OTSUKA (2003); VALLENTYNE/ STEINER/ OTSUKA (2005). Los libertarios de izquierdas se distinguen, entonces, de los liberales igualitarios en el papel decisivo que otorgan, como límite (*side-constraint*) frente a los objetivos colectivos de bienestar y de justicia, al respeto al derecho de auto-propiedad (como plasmación institucional de la autonomía moral) de cada sujeto: ningún objetivo de justicia o de bienestar podría justificar una interferencia masiva y coercitiva en dicho derecho, en dicha autonomía (OTSUKA (2003); VALLENTYNE/ STEINER/ OTSUKA (2005)). En este sentido, es cierto que el pensamiento libertario se toma particularmente en serio el valor moral separado de cada sujeto moral, de su autonomía y de sus planes de vida (NOZICK (1988)).

<sup>71</sup> BUCHANAN (2009).

<sup>72</sup> BUCHANAN/ TULLOCK (1993); BARNETT (2014b); BARNETT (2014c).

<sup>73</sup> Por ello, es importante desligar la interesada confusión, en la retórica del debate político, entre el concepto de Estado mínimo libertario y el concepto de “Estado mínimo” neoliberal: mientras que este último responde a una teoría acerca de qué asignación de derechos es justa (a una teoría de la justicia, en suma), en el pensamiento libertario, el concepto de Estado mínimo es una herramienta para preservar *cualquier* asignación de derechos que las partes del pacto constitucional hayan acordado establecer. Es decir, en términos libertarios, tan mínimo es un Estado que preserva los derechos de quienes pactaron una economía de libre mercado y un reparto desigual de derechos de propiedad como aquel otro que preserva los de quienes pactaron una economía planificada de cooperativas y propiedad en común de los medios de producción.



constitucional es legítimo (genera autoridad) cuando goza del apoyo unánime de las partes implicadas, cualquiera que sea su contenido<sup>74</sup>.

#### 9.4) Momento pos-constitucional

— Si esto es así, entonces, en el momento pos-constitucional ocurrirán cuatro cosas. La primera es que las competencias del Estado deberán ser interpretadas siempre limitadas: a aquellas que le hayan sido expresamente otorgadas en el pacto constitucional. No existen, pues, competencias residuales, sino que la interpretación de las competencias ha de ser siempre de índole restrictiva: al menos, en la medida en que –como será habitual– el ejercicio de dichas competencias interfiera con la libertad de los ciudadanos<sup>75</sup>.

— En segundo lugar, aun en el caso de aquellas competencias que han sido atribuidas por el acuerdo constitucional al Estado, no basta con ello para que puedan ser ejercitadas libremente. Antes al contrario, el Estado tiene, para poder ejercer dichas competencias constitucionalmente atribuidas, una carga de argumentación. Por parte del Poder Legislativo, esto se manifiesta en la obligación de justificar la necesidad y la adecuación del contenido de las leyes a las competencias constitucionalmente reconocidas que se pretende ejercer. Y, por parte del órgano competente para el control de constitucionalidad de las leyes, en la obligación de revisar el modo en que el Poder Legislativo cumple dicha obligación de justificación<sup>76</sup>.

— En tercer lugar, en un Estado mínimo debe aceptarse la existencia, como principio general del Derecho, de una presunción de libertad, que tendría por contenido algo semejante a lo dispuesto por la 9ª Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América: “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”. Es decir, al interpretar el

---

<sup>74</sup> Obsérvese que esto no significa necesariamente sacar la ética de la ecuación, simplemente implica darle a la ética y a la teoría de la justicia aquel protagonismo que las partes del acuerdo constitucional quieran darle: puesto que cada sujeto ha de consistir en el acuerdo, cualquiera puede, si lo desea, hacer valer (por altruismo o por cualquier otro motivo) las exigencias máximas de la teoría de la justicia... claro que siempre a un determinado precio, ya que obstruir el acuerdo constitucional conlleva costes para las partes implicadas (BUCHANAN/ TULLOCK (1993)). En todo caso, lo que no hay es un mandato (de una moral crítica colectiva) que, imperativamente (¿en nombre de quién?), haya de plasmarse en el acuerdo constitucional.

<sup>75</sup> BARNETT (2014b).

<sup>76</sup> BARNETT (2014b). En este sentido, la concepción libertaria se aproxima mucho a la interpretación más activista del papel del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes: cfr. BERNAL PULIDO (2003); LOPERA MESA (2006).

pacto constitucional (y, consiguientemente, también las competencias estatales derivadas de dicho pacto), habrá que asumir que no sólo los derechos explícitamente reconocidos en el acuerdo constitucional, sino cualquier otra libertad derivable del derecho de auto-propiedad del sujeto, en tanto no interfiera con el derecho de auto-propiedad de terceros, le pertenece, esté o no legislado así<sup>77</sup>.

— Por fin, en cuarto lugar, dentro de este marco, cabe exigir al Estado que, en sus actuaciones (en el ejercicio de sus competencias constitucionalmente reconocidas), resulte neutral: esto es, que no afecte, para modificarla, a la distribución de derechos constitucionalmente pactada<sup>78</sup>. Y ello, porque en un Estado mínimo las alteraciones en la distribución de derechos que tengan lugar en relación con la asignación inicial (constitucional) debería tener lugar única y exclusivamente a través de la interacción voluntaria de los sujetos, que son quienes, en función de sus planes de vida (autonomía moral) y de las posibilidades de acción que atisben, deben decidir qué facultades ceden, y cambio de qué.

Téngase en cuenta, sin embargo, que una actuación estatal (siempre que se realice en ejercicio razonable –proporcionado– de una competencia constitucionalmente reconocida) únicamente no es neutral cuando intencionadamente persigue la alteración de la asignación de derechos acordada en el pacto constitucional. No, por el contrario, si se trata (insisto: en ejercicio de una competencia constitucionalmente reconocida) de una actuación dirigida a restablecer o preservar tal asignación de derechos. “Neutralidad”, pues, aquí no quiere decir abstención: quiere decir autorrestricción, a las propias competencias.

En otro caso, si el Estado actuase sin la neutralidad requerida (en el sentido expuesto), se estaría saliendo del marco constitucional, y estaría así quebrantando el fundamento de la autoridad moral que pudiera pretender (en los ámbitos en los que le ha sido otorgada). Y, consiguientemente, los sujetos recuperarían plena libertad para, de forma moralmente justificada, salirse también a su vez del pacto: desobedecer a las leyes, resistirse, rebelarse o abandonar la comunidad política<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> BARNETT (2014b).

<sup>78</sup> BUCHANAN/TULLOCK (1993); BUCHANAN (2009); BARNETT (2014b).

<sup>79</sup> El pensamiento libertario, en efecto, hace hincapié en la importancia de la tercera de las tres alternativas de acción (lealtad, voz, salida) que, frente a una situación indeseable, contemplaba Albert O. Hirschman (HIRSCHMAN (1970)): la posibilidad de salirse del pacto constitucional, mediante la desobediencia, la actuación egoísta, el derecho de secesión o la emigración (BARNETT (2014a)).

## **10) Recapitulación: el valor de la teoría política libertaria**

Antes de pasar, en la última parte de mi intervención, a examinar la manera en que la teoría política libertaria, tal y como se ha expuesto, afecta la cuestión de la justificación de las prohibiciones y de las sanciones estatales (y, por ende, de las penales), desearía detenerme un instante para llamar la atención acerca del valor de la teoría. Tal y como ya se ha indicado, en realidad la teoría política libertaria (sí muchos de sus partidarios, pero esta es otra cuestión) no sostiene un modelo de sociedad (o de Estado) justo, sino únicamente una teoría normativa acerca de las condiciones en las que surge, de forma moralmente justificada, la autoridad política (y, por ende, la del Derecho puesto por aquella). No es una teoría acerca de la justicia, sino acerca de los procedimientos políticos legítimos, por compatibles con la autonomía moral de los sujetos.

En este sentido, creo que hay mucho que aprender del pensamiento libertario. En particular, tenemos mucho que aprender (y el presente trabajo tan sólo intenta ser una cata preliminar) cuando se trata de medir y ponderar la intervención coercitiva del Estado en los derechos y libertades individuales, y en la autonomía moral de las personas<sup>80</sup>. Porque, de hecho, estamos demasiado acostumbrados a razonar, a la hora de justificar intervenciones coercitivas estatales, a partir de la idea de que el objetivo perseguido es, globalmente considerado (como objetivo colectivo), justificable, tanto en términos morales como instrumentales. Pero de lo que nos advierte la teoría política libertaria es justamente de que ello puede ser condición necesaria, pero nunca es suficiente para justificar la coerción estatal: que (por decirlo con Robert Nozick) la interferencia de la coerción estatal en la autonomía moral de los sujetos no puede justificarse únicamente por el hecho de que persiga objetivos moralmente razonables; porque la autonomía moral de los sujetos posee un valor propio, e infranqueable para un Estado que se pretenda legítimo<sup>81</sup>.

Es cierto que parte de las garantías que podrían derivarse de la teoría política libertaria para un Estado y un Derecho legítimos, respetuosos de la autonomía moral de las personas, pueden deducirse también a partir de otras teorías morales y políticas: del liberalismo, del iusnaturalismo cristiano, etc. Así, cuestiones como la prohibición de la

---

<sup>80</sup> También en relación con el procedimiento para crear una constitución legítima, pero ésta es una cuestión muy diferente, en la que aquí no entraré.

<sup>81</sup> NOZICK (1988).

tortura, la presunción de inocencia o el principio de legalidad pueden elaborarse, y defenderse, sin necesidad de recurrir a una teoría política libertaria. Pero no siempre es así: me parece, en efecto, que existen una serie de límites, muy razonables, a la libertad de decisión del legislador que se justifican mucho mejor (como algo más que meros *desiderata*, como auténticas condiciones para la legitimidad política de sus decisiones) a partir de la teoría política libertaria.

Es importante, en efecto, reclamar el valor político de la teoría libertaria. Pues, frente a tanto discurso vacío acerca de los “principios limitadores del *ius puniendi*”, que demasiadas veces no concreta ni cuál el estatus de tales “principios” ni cuáles son las consecuencias (morales, políticas, jurídicas) de que las leyes o las actuaciones judiciales no los respeten, el pensamiento libertario extrae una consecuencia clara y contundente (y coherente con sus puntos de partida): que tal ley o tal actuación no son legítimas, no merecen (por razones morales, cuando menos) obediencia.

## **11) Teoría política libertaria y Derecho sancionador**

Vemos, por fin, cuáles son las consecuencias que –hasta donde yo alcanzo a ver– posee la aplicación de la teoría política libertaria al problema de la justificación de las prohibiciones y de las sanciones estatales.

### **11.1) En relación con los bienes jurídicos protegidos y las conductas prohibidas**

1<sup>a</sup>) Un Estado mínimo libertario no debe actuar en ningún ámbito en el que el pacto constitucional no le haya otorgado competencias. Esto significa, en la práctica, que no cualquier bien jurídico moralmente justificado, ni cualquier acción dañosa contra dicho bien<sup>82</sup>, justifican la acción coercitiva estatal. Habrá, pues, estados de cosas valiosos que no deberían ser protegidos en ningún caso por el Estado.

2<sup>a</sup>) No puede existir, por lo tanto, una lista de bienes protegibles (ni un elenco de acciones dañosas contra dichos bienes) con valor general, sino que en cada momento y lugar los acuerdos constitucionales pueden dar lugar a que ciertos bienes jurídicos pasen a formar parte del campo de actuación legítima del Estado, o dejen de estar en él.

3<sup>a</sup>) Aun en el caso de aquellos bienes jurídicos que estén, conforme al pacto constitucional, en el ámbito de actuación legítima del Estado, no cualquier actuación

---

<sup>82</sup> De definir ambos conceptos me he ocupado con detenimiento en PAREDES CASTAÑÓN (2013).

orientada a protegerlos está políticamente justificada: aparte de otras consideraciones<sup>83</sup>, sólo una actuación coercitiva proporcionada y que haya sido efectivamente justificada como tal, puede resultar políticamente legítima.

4ª) De ningún modo puede resultar legítima una actuación estatal que pretenda, a través de la coerción, modificar la asignación de derechos constitucionalmente pactada. Ello (aparte de otras razones)<sup>84</sup> veda, a mi entender, por completo cualquier forma de Derecho prohibitivo con finalidad puramente promocional: no sólo como un Derecho ineficaz y/o ineficiente, sino también como un Derecho legítimo, que deba ser obedecido.

5ª) Por lo demás, buena parte de las conductas moralmente indeseables, y aun dañosas, simplemente tendrían que ser, en un Estado mínimo libertario, conductas permitidas, en tanto los miembros de la comunidad política no hayan cobrado conciencia de su inmoralidad y de su dañinidad. Un Estado mínimo libertario se opone, pues, al diseño tecnocrático de las prohibiciones y sanciones (por parte de los expertos del propio Estado, de grupos de presión, de organismos internacionales). Exige, al contrario, que quien quiera influir sobre la legislación (para incorporar a ella mayores cotas de coerción, aunque sea en pro de objetivos colectivos valiosos) lo haga única y exclusivamente convenciendo a la ciudadanía de que debe otorgar nuevas competencias al Estado.

## **11.2) En relación con los fines y justificación de las sanciones**

6ª) Me parece harto difícil compatibilizar la teoría política libertaria con una justificación retributiva de las sanciones estatales. En efecto, tal y como se ha expuesto, el pensamiento libertario niega al Estado cualquier legitimidad para cumplir la función de “hacer justicia”: la justicia (la asignación de derechos) debe ser determinada por los miembros de la comunidad política en el pacto constituyente; y, una vez establecida dicha asignación, no es competencia del Estado intentar alterarla, mediante sus actuaciones coercitivas. Por ello, tampoco cuando se trata de controlar actuaciones de

---

<sup>83</sup> De la toma en consideración del valor propio de la libertad negativa, del respeto a la esfera privada, de los efectos sobre la justicia conmutativa y distributiva me he ocupado también PAREDES CASTAÑÓN (2013).

<sup>84</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN (2013).

terceros que interfirieran con los derechos asignados a algún sujeto podrá el Estado, con su actuación, perseguir un fin de “hacer justicia”.

En este sentido, la teoría política libertaria se distancia del pensamiento liberal clásico, que en el fondo es también una teoría moral, acerca de los derechos y deberes de los ciudadanos, y que es capaz por ello de apoyar su teoría de la responsabilidad en la idea de que el ciudadano ha incumplido sus deberes y de que ello exige (desde el punto de vista moral) que sea castigado<sup>85</sup>. El pensamiento libertario, en cambio, no acepta ningún punto de vista moral, cuando de justificar la actuación estatal coercitiva se trata: el Estado es una herramienta para preservar los derechos de los sujetos, nada más. En este contexto, la retribución de la injusticia, del mal, del incumplimiento de deberes, son todas ellas funciones completamente fuera de lugar.

7<sup>a</sup>) Más discutible, por ambigua, me parece la relación entre pensamiento libertario y fines preventivos de las sanciones. Tal y como más arriba se indicó, existe, en el libertarismo, una profunda desconfianza hacia los objetivos colectivos y vagos como justificación de la coerción estatal.

Por ello, una parte importante del pensamiento libertario (y, señaladamente, sus partidarios más anarquistas) rechazan por principio que la coerción estatal frente a infractores pueda ir más allá de asegurar la justicia conmutativa, esto es, de la reparación del daño causado por el infractor a la víctima. Niegan, pues, por principio la legitimidad política de la justicia legal, de la toma en consideración del efecto supraindividual (más allá de la víctima misma) de la infracción<sup>86</sup>.

Sin embargo, tal posición no resulta unánime dentro del libertarismo. Por el contrario, otro sector dentro de esta corriente de pensamiento acepta que las infracciones tienen (o pueden tener) un efecto comunicativo que vaya más allá del daño material<sup>87</sup>. Y, consiguientemente, vienen a aceptar (o, cuando menos, a no rechazar) que la prevención pueda cumplir un papel en el diseño y medición de las sanciones estatales contra infracciones de los derechos.

Eso sí, parece claro –para finalizar– que una teoría libertaria del Derecho sancionador no podría conformarse con finalidades preventivas abstractas (efecto simbólico, tranquilizador o reasegurador de la sanción), sino que ha de exigir que los

---

<sup>85</sup> Piénsese en las paradigmáticas posiciones al respecto de I. Kant o de G. W. F. Hegel.

<sup>86</sup> Cfr. BARNETT (2014a).

<sup>87</sup> Cfr. NOZICK (1988).

objetivos preventivos resulten concretos, mensurables y empíricamente verificables. Me parece, por ello, que una teoría libertaria del Derecho sancionador únicamente podría resultar compatible (si lo es) con los fines de prevención general intimidatoria y de prevención especial, interpretados ambos en el sentido más empírico posible.

Hasta aquí, creo, llega el alcance de una teoría política libertaria sobre el Derecho sancionador. Obviamente, no resuelve todos los problemas de una política criminal justificada, ni siquiera la mayoría. Pero sí, creo, realiza una aportación significativa en relación con un problema donde demasiadas cosas están aún necesitadas de clarificación: el de la relación entre *el contenido* del Derecho (aquí, sancionador) y las estructuras políticas de toma de decisiones<sup>88</sup>. No es poco.

### **Bibliografía citada:**

ACKERMAN, Bruce (1991): *We, the People, I: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge.

ACKERMAN, Bruce (1998): *We, the People, II: Transformations*, Harvard University Press, Cambridge.

ACKERMAN, Bruce (2011): *La constitución viviente*, trad. C. M. Enrigue, Marcial Pons, Madrid.

ACKERMAN, Bruce (2014): *We, the People, III: The Civil Rights Revolution*, Harvard University Press, Cambridge.

ÁLVAREZ JUNCO, José (1992): *La teoría política del anarquismo*, en VALLESPÍN, Fernando (ed.): *Historia del Teoría política*, tomo IV, Alianza Editorial, Madrid (reimpr. 2002), pp. 258 ss.

BARNETT, Randy E. (2014a): *The Structure of Liberty*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford.

BARNETT, Randy E. (2014b): *Restoring the Lost Constitution (Updated edition)*, Princeton University Press, Princeton.

---

<sup>88</sup> Se ha discutido mucho, en efecto, acerca de la vinculación, en diversos aspectos (moral, político, instrumental), entre normas jurídicas y procedimientos legislativos. Pero no tanto sobre la relación entre el contenido de las normas y las características del sistema político que la crea: yo traté la cuestión en PAREDES CASTAÑÓN (2013), pero ciertamente de un modo tan sólo preliminar, superficial.

- BARNETT, Randy E. (2014c): *We the People: Each and Everyone*, en *Yale Law Journal* 123, pp. 2574 ss.
- BELLAMY, Richard (2010): *Constitucionalismo político*, trad. S. Gallego Aldaz/ J. Urdániz Ganuza, Marcial Pons, Madrid.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BLACKBURN, Simon (1984): *Spreading the Word*, Oxford University Press, Oxford.
- BLACKBURN, Simon (1993): *Essays in Quasi-Realism*, Oxford University Press, Oxford.
- BLACKBURN, Simon (1998): *Ruling Passions*, Oxford University Press, Oxford.
- BUCHANAN, James M. (2009): *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, trad. V. Sardón, Katz/ Liberty Fund, Madrid.
- BUCHANAN, James M./ TULLOCK, Gordon (1993): *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, trad. J. Salinas Sánchez, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.
- BUSH, Winston (2005): *Individual welfare in anarchy*, en STRINGHAM, Edward (ed.): *Anarchy, State and Public Choice*, Edward Elgar, Cheltenham/ Northampton, pp. 10 ss.
- CASEY, Gerard (2012): *Libertarian Anarchy: Against the State*, Continuum, London/ New York.
- CHARTIER, Gary (2013): *Anarchy and Legal Order*, Cambridge University Press, New York.
- COHEN, G. A. (1995): *Self-ownership, freedom, and equality*, Cambridge University Press, Cambridge.
- DOUGLAS, Mary (1986): *Cómo piensan las instituciones*, trad. J. A. López de Letona/ G. Gil Catalina, Alianza Editorial, Madrid.
- EGOUMENIDES, Magda (2014): *Philosophical Anarchism and Political Obligation*, Bloomsbury, New York/ London.
- GIBBARD, Allan (1990): *Wise Choices, Apt Feelings*, Harvard University Press, Cambridge.



- GIBBARD, Allan (2003): *Thinking How to Live*, Harvard University Press, Cambridge.
- GIBBARD, Allan (2013): *Meaning and Normativity*, Oxford University Press, Oxford.
- GRAEBER, David (2011): *Fragmentos de antropología anarquista*, Virus, Barcelona.
- GUNNING, J. Patrick (2005): *Towards a theory of the evolution of government*, en STRINGHAM, Edward (ed.): *Anarchy, State and Public Choice*, Edward Elgar, Cheltenham/ Northampton, pp. 60 ss.
- HART, H. L. A. (1994): *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford.
- HASSEMER, Winfried (1984): *Fundamentos del Derecho penal*, trad. F. Muñoz Conde/ L. Arroyo Zapatero, Tirant lo Blanch, Valencia.
- HAYEK, Friedrich (2008): *Derecho, legislación y libertad*, trad. L. Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid.
- HIRSCHMAN, Albert O. (1970): *Exit, Voice, and Loyalty*, Harvard University Press, Cambridge.
- HOBBS, Thomas (1651): *Leviatán*, ed. C. Mellizo Cuadrado, Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- HOGARTY, Thomas (2005): *Cases in anarchy*, en STRINGHAM, Edward (ed.): *Anarchy, State and Public Choice*, Edward Elgar, Cheltenham/ Northampton, pp. 98 ss.
- HUEMER, Michael (2013): *The Problem of Political Authority*, Palgrave MacMillan, Hampshire/ New York.
- JOYCE, Richard (2006): *The Evolution of Morality*, The MIT Press, Cambridge.
- KRAMER, Larry D. (2011): *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, trad. P. Bergallo, Marcial Pons, Madrid.
- LEESON, Peter T. (2005): *Do contracts require formal enforcement?*, en STRINGHAM, Edward (ed.): *Anarchy, State and Public Choice*, Edward Elgar, Cheltenham/ Northampton, pp. 67 ss.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia (2006): *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- MACINTYRE, Alasdair (1987): *Tras la virtud*, trad. A. Valcárcel, Crítica, Barcelona.

- MANN, Michael (1991/ 1997): *Las fuentes del poder social*, tomos I-II, trad. F. Santos Fontela/ P. Linares, Alianza Editorial, Madrid.
- MILLER, Alexander (2003): *An Introduction to Contemporary Metaethics*, Polity, Cambridge.
- MOORE, Wayne D. (1996): *Constitutional Rights and Powers of the People*, Princeton University Press, Princeton.
- NICHOLS, Shaun (2004): *Sentimental Rules*, Oxford University Press, New York.
- NOZICK, Robert (1988): *Anarquía, Estado y utopía*, trad. R. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México.
- OTSUKA, Michael (2003): *Libertarianism without inequality*, Oxford University Press, Oxford.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2003): *Ambigüedades e insuficiencias del concepto de “Derecho Penal del riesgo”*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 11, pp. 383 ss.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2013): *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PAUL, Ellen Frankel/ MILLER JR., Fred D./ PAUL, Jeffrey (eds.) (2003): *Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- PETTIT, Philip (1999): *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. A. Doménech, Paidós, Barcelona.
- RAWLS, John (1996): *El liberalismo político*, trad. A. Doménech, Crítica, Barcelona.
- RAZ, Joseph (1982): *La autoridad del Derecho*, trad. R. Tamayo y Salmorán, Unam, México.
- RAZ, Joseph (1986): *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford.
- RAZ, Joseph (1991): *Razón práctica y normas*, trad. J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- RAZ, Joseph (2001): *La ética en el ámbito público*, trad. M. L. Melón, Gedisa, Barcelona.

- RITTER, Alan (1980): *Anarchism. A Theoretical Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge.
- ROCA, Victoria (2015): *Ilícito, responsabilidad y sanción*, en GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (coord.): *Conceptos básicos del derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 81 ss.
- ROTHBARD, Murray (2006): *For a New Liberty. The Libertarian Manifesto*, 2ª ed., Ludwig von Mises Institut, ).Auburn.
- SAMUELS, Warren (2005): *Anarchism and the theory of power*, en STRINGHAM, Edward (ed.): *Anarchy, State and Public Choice*, Edward Elgar, Cheltenham/ Northampton, pp. 153 ss.
- SARTWELL, Crispin (2008): *Against the State. An Introduction to Anarchist Political Theory*, State University of New York Press, Albany.
- STEINER, Hillel (1994): *An Essay on Rights*, Blackwell, Oxford.
- TIFFT, Larry/ SULLIVAN, Dennis (1980): *Crime, Criminology, and Anarchism*, Cienfuegos Press, Sanday.
- TILLY, Charles (1985): *War Making and State Making as Organized Crime*, en EVANS, Peter/ RUESCHEMEYER, Dietrich/ SKOCPOL, Theda (eds.): *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 169 ss.
- TILLY, Charles (1990): *Coercion, Capital, and European States, AD 990–1990*, Blackwell, Cambridge/ Oxford.
- TULLOCK, Gordon (2005): *The edge of the jungle*, en STRINGHAM, Edward (ed.): *Anarchy, State and Public Choice*, Edward Elgar, Cheltenham/ Northampton, pp. 36 ss.
- VALLENTYNE, Peter (2000): *Left-Libertarianism: A Primer*, en VALLENTYNE, Peter/ STEINER, Hillel (ed.): *Left Libertarianism and Its Critics: The Contemporary Debate*, Palgrave MacMillan, Hampshire/ New York, pp. 1 ss.
- VALLENTYNE, Peter/ STEINER, Hillel/ OTSUKA, Michael (2005): *Why Left-Libertarianism Is Not Incoherent, Indeterminate, or Irrelevant: A Reply to Fried*, en *Philosophy & Public Affairs* 33, pp. 201 ss.
- WILLIAMS, Bernard (1985): *Ethics and the Limits of Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge.

WOLFF, Robert Paul (1970): *In Defense of Anarchism*, Harper, New York.

WOLFF, Robert Paul (1973): *The Autonomy of Reason. A Commentary on Kant's Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Harper, New York.

BORRADOR