

## Del Derecho abstracto al Derecho "real"

Recensión a Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad* (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 182 págs.

Jesús-María Silva Sánchez

Universitat Pompeu Fabra

377

El libro recoge el texto de la conferencia pronunciada por el Prof. *Jakobs* el 18 de febrero de 2004 en la Academia de las Ciencias de Renania del Norte-Westfalia, así como un extenso estudio preliminar (de casi setenta páginas) de sus traductores. En dicha conferencia *Jakobs* expuso la última versión de su teoría de la pena, en particular, como subrayan *Cancio y Feijóo* (p. 28), el modelo más completo de los presentados desde que se consumara lo que podría denominarse el “giro fáctico” de su pensamiento sobre esta materia. Como es sabido, en sus primeras obras *Jakobs* atribuía a la pena una función de prevención general positiva, entendida más bien en términos de psicología social. En cambio, hace ya bastantes años que había pasado a concebirla, en términos claramente idealistas, exclusivamente como medio de confirmación de la identidad normativa de la sociedad. Esa visión retributivo-funcional de la pena le asignaba sencillamente la misión de “comunicar” una reacción frente al delito para restablecer la norma como expectativa; en otras palabras, para reafirmar la vigencia de ésta. Desde esta perspectiva, la pena se movería, pues, al margen del mundo empírico<sup>1</sup>, lejos de las concepciones psicologicistas de la prevención general positiva: ello, porque “la sanción no tiene una finalidad, sino que ella misma es la consecución de esa finalidad”<sup>2</sup>. En efecto: si la norma es depositaria de una expectativa social, entonces la pena, al reafirmar la norma, produce un efecto “lógico” (no empírico) de integración social.

Entre otras, este planteamiento había dado lugar a la crítica de que no explicaba por qué, para comunicar que la norma continúa siendo una expectativa vinculante, habría de ser necesario infligir dolor al autor del delito. Dado que lo innegable es que la pena, tal como ésta es en realidad, conlleva la causación de un mal al reo<sup>3</sup>, parece que habría que renunciar a la concepción puramente comunicativa de aquélla o proceder a eliminar su dolorosa realidad<sup>4</sup>.

Dado que esto último, por el momento, no es sino una utopía, las alternativas serían la acogida de una concepción mixta o bien el abandono total de la concepción comunicativa de la pena. Esto último es lo que parece proponer *Klaus Günther* al afirmar que la propia idea de que la pena es “comunicación” resulta contraintuitiva: cuando se mete a alguien en la cárcel no se “habla” con

<sup>1</sup> Críticamente sobre tales planteamientos, *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, Berlin/New York 1995, p. 12-13.

<sup>2</sup> „die Sanktion hat nicht einen Zweck, sondern ist selbst Zweckerreichung“: *Jakobs*, Zur gegenwärtigen Straftheorie, en Kodalle (Hrsg.), Strafe muss sein ! Muss Strafe sein ? Philosophen-Juristen- Pädagogen im Gespräch, Würzburg 1998, pp. 29 y ss., 37. Según *Jakobs* la pena significa “la inalterada realidad de la sociedad, esto es, la inalterada realidad normativa”.

<sup>3</sup> En realidad, lo decisivo en la pena no sería el sufrimiento del delincuente, e incluso cabría que éste la sintiera como un bien: lo decisivo es la reprobación activa (*Mißbilligung*): von *Bar*, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, Berlin 1882 (reimpr. Aalen 1992), pp. 319-320. La pena no tiene por qué infligir dolor en el caso concreto: la cárcel puede ser, para un determinado sujeto, incluso un bien (cuando carece de vivienda, medios de vida y está amenazado, por ejemplo). Pero en todo caso es una restricción de derechos.

<sup>4</sup> En realidad, puede discutirse seriamente que el restablecimiento de la relación de reconocimiento recíproco necesite una disminución del status jurídico del delincuente (esto es, infligirle dolor): *Seelmann*, Wechselseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?, ARSP 1993, pp. 228 ss., 231, 236. *El mismo*, Differenzen zwischen Kant und Hegel bei der Begründung staatlicher Strafe, en su: Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien, Freiburg/ München 1995, *passim*, especialmente p. 74 y ss., 79. La cuestión es, precisamente, si la pena debe atender sólo a tal restablecimiento.

él; el discurso, la comunicación, concluyó antes, al emitirse el juicio de culpabilidad<sup>5</sup>. Sea como fuere, lo cierto es que para la comunicación de que la norma continúa siendo pauta de conducta vinculante bastaría con la declaración verbal o con cualquier otro mecanismo expresivo carente de dimensión aflictiva. Con lo que la teoría comunicativa de la pena no explica bien lo más visible de ésta.

En este punto, *Jakobs* se había limitado a indicar que, dado que el delito se proyecta también sobre el plano de lo físico (y no sólo sobre el plano simbólico), la pena debía hacer otro tanto<sup>6</sup>. En efecto -indicaba- el delito no sólo niega el Derecho, sino que cambia el mundo; por tanto, la pena no sólo ha de reafirmar el Derecho, sino también reconfigurar el mundo. Expresado de otro modo, sin la aflicción de la pena no se daría la re-estabilización de la norma, pues el delito también había provocado aflicción. Como, desde planteamientos distintos, señala *Kühl*, al infractor hay que decirle que las cosas no van por ese camino, pero la desaprobación debe adquirir fuerza mediante la imposición de un mal, pues el autor “no sólo ha cuestionado el Derecho, sino que lo ha lesionado a través de su conducta”<sup>7</sup>. Es decir, habría que distinguir entre meras expresiones de un “proyecto alternativo de orden normativo”, puramente simbólicas, y aquéllas en las que la comunicación negadora del Derecho tiene lugar mediante la lesión del orden establecido. Estas requerirían algo más que comunicación simbólica.

La solución propuesta por *Jakobs* había sido, entonces, la de distinguir entre funciones manifiestas y funciones latentes de la pena<sup>8</sup>. La función manifiesta de la pena sería puramente comunicativa, y como tal se dirigiría a “personas en Derecho”; sin embargo, habría funciones latentes (preventivas), que se dirigirían a los “individuos” subyacentes, que se mueven en el plano de lo sensible. El “dolor penal” sería, pues, el soporte de la comunicación de reafirmación de la norma al igual que la lesión de bienes fue, en el delito, el soporte de la negación del Derecho. Y -se supone- todo ello se debería a que el “individuo” es el soporte sensible de la persona de la comunicación racional.

A diferencia de tales líneas argumentales, en la obra recensionada -así como en el trabajo “La pena como reparación del daño”<sup>9</sup>- , *Jakobs* ha asumido el reto de integrar el “dolor” de modo pleno en su teoría de la pena: “Es palmario que el hecho de infligir dolor penal puede ser comprendido como símbolo de una contradicción (...) Sin embargo, permanece sin resolver la cuestión de por qué se elige el infligir dolor como símbolo, y no otra cosa. Pues téngase en cuenta que ya el fallo condenatorio constituye una contradicción del delito. ¿Por qué es necesario, además, un dolor producido por la pena?” (p. 135). Para llegar al planteamiento abierto de esta cuestión, *Jakobs* lleva a cabo en primer lugar un análisis de las diversas concepciones modernas de la pena, desde *Grocio* hasta *Hegel*, pasando por

<sup>5</sup> K. Günther, Straf(ab)gründe. Rechtsphilosophie in der Diskussion, en: Siller/ Seller (Hrsg.), Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart, Baden-Baden 1999, p. 153.

<sup>6</sup> *Jakobs*, en Kodalle (Hrsg.), Strafe muss sein!, p. 36.

<sup>7</sup> *Kühl*, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, Baden-Baden 2001, p. 32.

<sup>8</sup> Por ejemplo, *Jakobs*, La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente, en Escuela de Verano del Poder Judicial, CGPJ, Madrid 1999, pp. 119 y ss., 135 y ss.

<sup>9</sup> *Jakobs*, La pena como reparación del daño, en Dogmática y criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía, Bogotá 2005, pp. 339 y ss.

*Hobbes, Wolf, Pufendorf* y, sobre todo, *Kant y Feuerbach* (pp. 83-134). Pero el punto de partida de su nueva propuesta es, a mi entender, el reconocimiento de que el Derecho, para ser real, requiere facticidad: “en una sociedad en la que ninguna persona osa moverse libremente por miedo a la delincuencia, el derecho a la libertad de movimientos no es real, se mire como se mire” (p. 139). Esta frase es muy expresiva de la trascendencia del “giro fáctico”. Resulta, en efecto, que, en ella, a la “persona” (*Person*) -un concepto que en *Jakobs* ha aparecido siempre en términos fuertemente normativizados- se le atribuye un impulso (miedo: *Angst*)<sup>10</sup> que -se diría- no es propio de la persona en Derecho, que vive en el mundo de lo normativo, sino del “individuo” que se mueve en el plano sensible. Lo que, a mi entender, significa: la persona “real” no es constituida sólo por el sujeto de la comunicación ideal, sino también por el individuo sensible (que teme, aunque idealmente no haya razones para temer). Y el Derecho “real” (a diferencia del Derecho abstracto) se relaciona precisamente con la persona real<sup>11</sup>. En este contexto -ampliado<sup>12</sup>- del Derecho “real”, en el que cabe el miedo de las víctimas potenciales, también cabe -claro está- el dolor propio de la pena. La pena tiene un significado, que es la contradicción de la negación de la vigencia de la norma, representada por el delito. Pero tiene también un fin (luego ya no es fin en sí misma), que es la salvaguarda cognitiva de la vigencia de la norma (p. 141) para producir una confianza real y no meramente contrafáctica. Es, además, este fin el que debe regir la determinación de la medida de la pena (p. 142), una cuestión que el Derecho abstracto, en cambio, ha de dejar abierta (p. 136).

Ahora bien, para la fijación de la medida (legal) de pena de un hecho lo decisivo no es la intensidad del impulso que a un autor determinado le pueda llevar a cometerlo. Por el contrario, hay que tener en cuenta, por un lado, el “peso social” de la norma vulnerada, por el otro, la situación (estable o inestable) de aseguramiento cognitivo en que dicha norma se encuentre y, finalmente, su culpabilidad. Todos ellos están, por su parte, sujetos a cambios, que darán lugar a diversas medidas de pena (p. 155). Ahora bien, como se ha dicho, la imposición del “dolor penal” tiene el fin de producir confianza real en que algunos (p. 148) se abstendrán de delinquir. Sin embargo, para producir confianza fáctica en las víctimas potenciales, es necesario que la pena produzca miedo o convicción en los autores potenciales (esto es, prevención general negativa)<sup>13</sup>. La consecuencia está a la vista: “la prevención general negativa -junto con otros elementos, en particular, la producción de convicción- se halla contenida en la positiva, si bien simultáneamente es limitada por ésta de modo estricto a la reparación del daño culpablemente producido” (p. 148-149)<sup>14</sup>. Esto quiere decir que no puede imponerse la pena que, siendo necesaria para intimidar a otros, se

<sup>10</sup> “...in einer Gesellschaft, in der es alle Personen aus Angst nicht wagen, sich freizügig zu bewegen...”.

<sup>11</sup> El propio *Jakobs* alude (p. 167) a una persona “antes” del Derecho (y no sólo “en él”), para subrayar la necesidad de un apoyo cognitivo que tiene cualquier situación normativa.

<sup>12</sup> Como reconoce el propio *Jakobs*, p. 145, nota 147, al afirmar que pretende corregir lo restringido de su anterior punto de vista, que degradaba los efectos psicológico-sociales a meros efectos secundarios.

<sup>13</sup> Ello tiene paralelismos importantes en la teoría de las normas: pues se pone de relieve que el aseguramiento de expectativas requiere la existencia de directivas de conducta: *Silva Sánchez, ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?, Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid 2001, pp. 559 y ss, 566 y ss. (también en *Silva Sánchez, Normas y acciones en Derecho penal*, Buenos Aires 2003, pp. 15 y ss., 26 y ss.).

<sup>14</sup> Cfr. ya *Mir Puig, Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, en su: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona 1994, pp. 129 y ss.

manifieste como excesiva a la vista del daño producido por el autor que la sufre (en donde debe considerarse naturalmente el daño intelectual: es decir, la inseguridad cognitiva). Pues dicha pena vulneraría el derecho del autor a ser penado únicamente en la medida de su responsabilidad (pp. 156-157). Con todo, se supone que la situación de aseguramiento cognitivo de la norma, esto es, su mayor o menor estabilidad, cae de cuenta del autor que comete el hecho. Si lo comete en un estado de, por ejemplo, menor estabilidad de la norma, que hace precisa una mayor medida de pena, la mayor pena impuesta será, pues, adecuada a la culpabilidad.

Distinto del aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma, que, como se ha indicado, constituye el fin de la pena y se ha de mover en el marco de la responsabilidad del autor por su hecho, es el aseguramiento del autor (pp. 169 y ss.), con independencia de que este último se disfrace -indebidamente- de "pena" (p. 172). Dicho aseguramiento del autor es una coacción externa que no tiene nada que ver con la reafirmación de la norma y conlleva la "despersonalización jurídica" del sujeto, a quien se considera como "individuo peligroso". Aquí se trata, según *Jakobs*, de la mera administración de la seguridad frente a enemigos. No obstante, el propio *Jakobs* admite que sólo se da una despersonalización jurídica parcial (en cuanto al uso defectuoso de su libertad) de un individuo que, por lo demás, mantiene incólumes todos los demás aspectos de su personalidad jurídica. Ello, ya sea porque se acoja, con *Kant*, una personalidad previa al Derecho (un *character indelebilis*, una personalidad innata), ya por una serie de autorrestricciones del Estado (pp. 175-176). En todo caso, está claro que el aseguramiento del autor y su despersonalización parcial no pueden ser arbitrarios, aunque también es cierto que *Jakobs* deja abierta la puerta a una mayor despersonalización en función del incremento de la peligrosidad del "enemigo" y apunta la posibilidad de una "pérdida de límites" de esta "guerra", sirviéndose del ejemplo de los presos de Guantánamo.

Esta última parte de la obra, que es a la que *Cancio y Feijóo* dedican mayor atención en su estudio introductorio, resulta, desde mi perspectiva, la menos interesante y es, asimismo, la menos novedosa. Entronca con las ya conocidas tesis de *Jakobs* sobre el Derecho penal del enemigo, aunque, a mi juicio, tiene la virtud de poner de relieve con mayor claridad que en otras ocasiones que el delincuente objeto de una medida de aseguramiento -pues es de esto de lo que se trata- no deja de ser persona, así como que, aunque se llame "pena" a la figura jurídica a que se le somete, realmente no puede entenderse como tal. También en esa línea puede advertirse que el recurso a los términos "enemigo" y "guerra" en este contexto es una (a mi juicio, desafortunada) "forma de hablar" y que la realidad es mucho más compleja y multiforme (delitos sexuales, económicos, terrorismo, criminalidad organizada -p. 169-170-). Ello me lleva a pensar que la única forma de salir del laberinto emocional en el que se ha convertido la discusión sobre el Derecho penal del enemigo es analizar en particular cada regulación jurídica de contenido asegurativo y valorarla sin prejuicios.

Dejando esto de lado y volviendo, pues, a la dimensión cognitiva de la sanción, mi impresión es que su integración en la teoría de la pena -y en la del delito, cabría añadir- es ineludible si se pretende abordar la realidad del Derecho penal. Tan ineludible, como lo es la integración de la dimensión simbólica-expresiva. Curiosamente, la doctrina parece mostrar una cierta aversión al

respecto. Así, más o menos en términos de afirmar “no dejes que la realidad te estropee una buena teoría”, oscila entre el empirismo más romo y el idealismo más descarnado. La pena se considera una “amarga necesidad”, o bien la “solemne reafirmación del derecho”. El delito se concibe como un “movimiento corporal que causa la lesión de un interés”, o bien como “la expresión de un sentido que niega una norma”. Pero ¿no será que el delito y la pena tienen ambas dimensiones, como también sus sujetos -activo y pasivo- se mueven, a la vez, en los planos de la racionalidad instrumental y de la racionalidad comunicativa?

De ser así, lo que explicaría la “irrupción de lo fáctico” en la teoría de la pena de *Jakobs* no sería una dicotomización<sup>15</sup> (que este autor ya había desarrollado antes: individuo/ persona en derecho), sino precisamente la superación de esa dicotomía, integrando ambos aspectos en la referida teoría. El individuo sufriente siempre estuvo ahí, en el mundo real. Lo dicotómico (lo artificioso) era negarle relevancia teórica, y no el hecho de atribuírsela. Pero entonces, al salir de la latencia, las funciones psicológico-sociales no hacen descender la teoría al “plano de los conflictos aporéticos propios de las teorías de la unión”, sino que la colocan ante la necesidad de plantearse la necesidad de la legitimación del *si* y el *cuánto* de la pena. Un problema que la teoría de la retribución funcional pretendía superar por elevación o, sencillamente, dejándolo de lado. Por ello, la cimentación cognitiva no es, en fin, un “elemento corrosivo”<sup>16</sup> de la teoría, sino el camino de su vuelta al “mundo social real”. Naturalmente que con ello se diluye la anterior “unidad conceptual” de la teoría. Pero es que tal unidad conceptual no es en ningún caso un bien en sí mismo, sino sólo en tanto que sea capaz de dar cuenta de la realidad. Y resulta que ni el delito, ni la pena, ni sus sujetos se mueven sólo en el plano de la comunicación ideal. Cuando se tiene presente que la personalidad no es un mero haz de derechos y deberes, sino la condición del ser humano -corporal y espiritual-, que habla y que sufre, al que se le habla y al que se le hace sufrir, todo ello resulta (casi) evidente. Sentado esto, para quien ha contemplado con escepticismo los excesos idealistas del normativismo el paso dado por *Jakobs* no merece reproche, sino más bien la alabanza de la rectificación que, como suele decirse, “es de sabios”.

Claro está que el paso dado abre la puerta a una discusión sobre el control empírico tanto de las necesidades de aseguramiento cognitivo de la norma, como (en el otro ámbito) de las necesidades de aseguramiento cognitivo de determinados autores. Y, a la vez, obliga a una discusión sobre los límites valorativos de ambas (ya con base en la responsabilidad del autor, ya con base en la auto-restricción, por otras razones, del Estado de Derecho). Así pues ¡bienvenido de nuevo al mundo real, querido Prof. *Jakobs*!

La traducción y la introducción de *Cancio* y *Feijóo*, pese a las discrepancias que personalmente he manifestado con respecto a esta última, son, como no podía ser de otro modo, impecables y sitúan al lector en condiciones inmejorables para afrontar la lectura del texto del maestro alemán.

---

<sup>15</sup> Así, sin embargo, *Cancio/Feijóo*, p. 56.

<sup>16</sup> Así, sin embargo, *Cancio/Feijóo*, p. 59.