

La pena estatal:
significado y finalidad

CONSEJO EDITORIAL

RICARDO ALONSO GARCÍA

LUIS DIEZ-PICAZO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

AURELIO MENÉNDEZ

ALFREDO MONTOYA MELGAR

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

Günther Jakobs
Catedrático emérito de Derecho Penal y Filosofía
del Derecho
en la Universidad de Bonn

La pena estatal: significado y finalidad

Traducción y estudio preliminar
MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ
(Universidad Autónoma de Madrid)

THOMSON

CIVITAS

Primera edición, 2006



No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2006, by Günther Jakobs and Manuel Cancio Meliá/
Bernardo Feijoo Sánchez

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Gálar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 84-470-2574-8

Depósito Legal: NA 1765/2006

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

ÍNDICE

ABREVIATURAS	9
PRÓLOGO	11
¿PREVENIR RIESGOS O CONFIRMAR NOR- MAS? LA TEORÍA FUNCIONAL DE LA PENA DE GÜNTHER JAKOBS. ESTUDIO PRELIMINAR.	15
<i>Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez</i>	
I. INTRODUCCIÓN. EL SIGNIFICADO DE LA TEORÍA DE LA PENA DE JAKOBS	17
II. BASES DE UNA TEORÍA FUNCIONAL DE LA PENA	21
III. TRES FASES DE EVOLUCIÓN EN LA TEORÍA DE LA PENA DE GÜNTHER JAKOBS	27
A. <i>La pena como mecanismo simbólico de in- fluencia (psicológica) en los miembros de la sociedad</i>	28
B. <i>La pena como confirmación de la identidad de la sociedad</i>	31
	7

C. <i>La irrupción de lo fáctico en la teoría de la pena: la necesidad del dolor penal y el «Derecho penal» del enemigo</i>	53
1. El dolor penal como presupuesto del funcionamiento de la pena	56
2. El Derecho penal del enemigo: la reacción frente a imputables peligrosos	60
a) Definición	61
b) Implicaciones	67
1) Política criminal y carga normativa del sistema penal	67
2) Teoría de la pena	75
LA PENA ESTATAL: SIGNIFICADO Y FINALIDAD	83
<i>Günther Jakobs</i>	
I. LA PENA ORIENTADA A LA OBTENCIÓN DE FINES EN LA FILOSOFÍA DE LA ILUSTRACIÓN	85
II. LA PENA RETRIBUTIVA EN KANT	99
III. LA PREVENCIÓN INTIMIDATORIA EN FEUERBACH	115
IV. CONTRADICCIÓN Y PRODUCCIÓN DE DOLOR	129
A. <i>Hegel</i>	129
B. <i>Realidad del Derecho</i>	135
C. <i>El deber de reparación del autor</i>	144
V. INTIMIDACIÓN DE OTROS, PREVENCIÓN ESPECIAL	153
VI. PERSONA VERSUS ENEMIGO	167
A. <i>Despersonalizaciones parciales</i>	167
B. <i>Personas como enemigos</i>	176
C. <i>Enemigos como personas</i>	180

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
AP	Actualidad Penal
AT	<i>Allgemeiner Teil</i> ; Parte General
BGBI	<i>Bundesgesetzblatt</i> ; Boletín Legislativo Federal de la República Federal de Alemania
CDJP	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DOXA	Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
ed.	edición, a cargo de la edición, editorial
GA	<i>Goltdammer's Archiv für Strafrecht</i>
HRRS	<i>Höchstrichterliche Rechtsprechung – Strafrecht</i> (www.hrr-strafrecht.de)
JpD	Revista Jueces para la Democracia. Información y debate
Jura	<i>Juristische Ausbildung</i>
LH	Libro Homenaje
LO	Ley Orgánica
NDP	Nueva Doctrina Penal

NK	<i>Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
RDPCr	Revista de Derecho penal y Criminología
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales
RStGB	<i>Strafgesetzbuch für das deutsche Reich</i> ; Código penal del Reich alemán
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> ; Código penal alemán
StPO	<i>Strafprozeßordnung</i> ; Código procesal penal alemán
StVollzG	<i>Strafvollzugsgesetz</i> ; Ley de ejecución penal
ZRph	<i>Zeitschrift für Rechtsphilosophie</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

PRÓLOGO

La separación entre ser y deber ser es un proceso cotidiano en el moderno pensamiento jurídico, hasta llegar a ser trivial: el contenido de una prohibición no es que lo prohibido no será, y lo que suceda no debe ser automáticamente, sólo porque haya sucedido. Sin embargo, en la vida social, ningún sujeto cuya actitud interna sea conforme al ordenamiento jurídico se orientará exclusivamente con base en el deber ser, ni siquiera sectorialmente, sino que lo hará en atención a la estructura normativa real de la sociedad; «real» significa que se trata de una estructura que no es sólo postulada, sino que en lo esencial también es impuesta, que está implantada en el ser; de lo contrario, la orientación será puramente cognitiva. Dicho a través de un ejemplo: el hecho de que una cosa ajena no deba ser hurtada no conducirá al propietario de una bicicleta, por muy conforme a Derecho que sea su

actitud interna, a dejarla, sin asegurarla, delante de la estación principal de ferrocarril o en el campus universitario. Esto ni significa que no existan las expectativas normativas, ni, menos aún, que todo lo que acontezca realmente deba elevarse a la condición de nobleza normativa, pero sí implica que una expectativa normativa necesita de cierta cimentación, de cierto apoyo cognitivo para poder generar orientación real.

Un delito desorienta, y puesto que no es sólo un ataque a una norma cualquiera, meramente imaginada, sino a una norma que forma parte de la realidad de la sociedad, el efecto de desorientación se produce en una doble dimensión: ataca el carácter vinculante de lo normativo en la medida en que el autor lo considera irrelevante en su caso, y perturba la cimentación cognitiva de la norma vinculante porque el hecho muestra (una vez más) que hay que contar con la producción de quebrantamientos de la norma. Ha de reaccionarse frente a ambas dimensiones: la parte simbólica de la pena, su significado como contradicción, se dirige contra la afirmación de que no se trata de una norma vinculante, y la cimentación cognitiva se mantiene porque el dolor penal transforma de modo final el hecho en una empresa fracasada (esto último, es decir, la demostración de que el delito no merece la pena, no sólo es una función latente de la pena; en esta medida, reviso en el presente trabajo mi posición mantenida hasta el momento): En el

concepto de culpabilidad se preconfigura la obligación del autor de tolerar una marginalización para mantener el carácter vinculante de la norma y un dolor penal para mantener el apoyo cognitivo: al autor se le trata como una persona que tiene una deuda con la sociedad.

Sin embargo, también el hecho de ser una persona necesita, a su vez, una cimentación cognitiva para poder llegar a ser real en el trato social. De quien no quepa esperar una conducta conforme a Derecho, y, en particular, incumple de modo persistente sus deberes, sólo se puede postular su condición de persona, pero sectorialmente (concretamente, en la medida en que próximamente vaya a delinquir), ya no podrá ser tratado realmente como tal: junto a la deuda del autor por el hecho sucedido aparece lo necesario para el aseguramiento frente a hechos venideros. Esta afirmación no es una exigencia de política legislativa, sino una descripción de las condiciones de realidad del Derecho.

En todo caso, se trata de mantener la vigencia real de la norma, plenamente en el sentido de la prevención general positiva: la contradicción tiene el fin de apoyar la cimentación cognitiva, y en la medida en que ello resulte imprescindible, también el aseguramiento frente a hechos futuros sirve para alcanzar tal fin.

El texto alemán ha sido traducido a la bella lengua castellana por mis apreciados colegas,

Profs. Dres. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Reijoo Sánchez, lo que les agradezco muy cordialmente; al primero, también, que se ocupara de organizar la presente publicación. Mi gratitud también se dirige, una vez más, a la editorial Civitas-Thomson por acoger esta pequeña obra.

Bonn, diciembre de 2005

Günther Jakobs

¿PREVENIR RIESGOS O CONFIRMAR
NORMAS? LA TEORÍA FUNCIONAL
DE LA PENA DE GÜNTHER JAKOBS.
ESTUDIO PRELIMINAR*

Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez
Universidad Autónoma de Madrid

* Este trabajo forma parte de los proyectos de investigación «El nuevo sistema de sanciones penales» (MEC, SEJ 2004-7025/JUR1; investigador principal: A. JORGE BARREIRO) y «Democracia y Seguridad: transformaciones de la política criminal» (Comunidad de Madrid-UAM/2006; investigador responsable: M. CANCIO MELIÁ).

I. INTRODUCCIÓN. EL SIGNIFICADO DE LA TEORÍA DE LA PENA DE JAKOBS

La teoría de la pena de Günther JAKOBS destaca por su capacidad para generar ideas nuevas y estimular un debate que hace poco parecía agotado. Ante todo ha de señalarse que no es posible entender la dimensión de dicha aportación teórica si no se tiene en cuenta la evolución de las ciencias sociales en su búsqueda de una explicación de porqué la pena impuesta por el órgano competente tiene un significado para la sociedad. Son dichas aportaciones de las ciencias sociales, sobre todo algunos aspectos de la teoría de la sociedad de LUHMANN, las que han abierto nuevas perspectivas sobre la pena hacia modelos preventivo-simbólicos o comunicativos. Estas perspectivas han tenido una especial presencia en los últimos treinta años a través de la obra de JAKOBS, que representa un modelo coherente de una nueva racionalidad funcional. Se comparten

o no sus puntos de vista, su cambio de orientación con respecto a la doctrina dominante aporta datos o descripciones sobre la función social del Derecho penal que no pueden ser obviados para el desarrollo de una moderna teoría de la pena. En el marco de esta nueva racionalidad cambia la idea de prevención: lo que la pena previene son los efectos negativos que pueden derivar del delito para el sistema social y no lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos por parte de conductas individuales.

En la evolución de JAKOBS sobre esta materia se puede apreciar como ni el recurso a las ciencias sociales ni la adopción de una metodología «funcionalista» o «sistémica» determinan sin más el contenido dogmático de una teoría de la pena. El propio JAKOBS ha venido manteniendo diversas teorías de la pena desde 1976. Sin embargo, hay un elemento constante en sus aportaciones: la teoría de la pena debe describir la función de la pena en un sistema social dado.

En la actualidad, y tras una larga evolución que a continuación se intentará sintetizar, la posición de JAKOBS se puede resumir de la siguiente manera: las normas, entendidas como expectativas normativas, contrafácticas, configuran la estructura del orden social. La configuración de dichas expectativas es función de la política, debiendo describir y sistematizar la ciencia del Derecho penal dichas estructuras normativas. El

delito es esencialmente defraudación de expectativas —no lesión de bienes— y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas, es decir, en términos jurídicos, la vigencia de la norma. La imposición de la pena es —siempre según el actual punto de vista del autor de este libro— la forma que tiene el sistema social de procesar las defraudaciones a costa del infractor. Junto a esta función de estabilización, el mal que se impone con la pena deriva de su fin preventivo-general: asegurar la probabilidad de seguimiento de la norma. Dicho fin tiene como límite el tratar al delincuente como persona y no como objeto, ya que la pena, precisamente, sólo reacciona frente al sujeto responsable, la persona. Sin embargo, esta garantía sólo es posible en la medida en la que el delincuente pueda garantizar su fidelidad en el futuro; de lo contrario, ya no puede ser tratado como persona, sino que deberá serlo como enemigo.

II BASES DE UNA TEORÍA FUNCIONAL DE LA PENA

El trabajo teórico de JAKOBS sobre la pena –cuyo estado actual acaba de exponerse en síntesis– ha mantenido en el tiempo –desde sus orígenes en 1976, como se verá– un punto de partida inamovible: el Derecho se estructura como sistema de comunicaciones que se ocupa de la función de estabilización de expectativas normativas¹, pasando a ser un elemento central de esta perspectiva que las expectativas están protegidas por sanciones.

JAKOBS importa del pensamiento de LUHMANN la concepción de las expectativas como elementos estructurales del sistema, en la medida que

¹ En profundidad, FEIJOO SÁNCHEZ, en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, págs. 454 y ss., con ulteriores referencias.

todo orden social se basaría en la existencia de ciertas expectativas de comportamiento más o menos estables. La confianza en dichas expectativas, garantizada por las sanciones, es un mecanismo de reducción de la complejidad social. Dicha garantía jurídica se concreta en lo que se han venido denominando expectativas normativas, como expectativas garantizadas por el ordenamiento jurídico, que hacen que se pueda operar en la vida social sin tener que contar permanentemente con comportamientos irrespetuosos con las normas. Del mismo modo en que las ciencias naturales persiguen establecer pautas de orientación con respecto a la naturaleza, el Derecho tiene como función establecer pautas de orientación con respecto a los integrantes del sistema social.

A diferencia de lo que sucede con las denominadas expectativas cognitivas, si una persona defrauda una expectativa normativa —infringe una norma—, el conflicto no puede ser superado simplemente con un aprendizaje de cara al futuro. La norma no se ve modificada sólo porque existan defraudaciones. La defraudación no provoca que la sociedad abandone la expectativa, sino que se haga ver que la conducta del infractor de la norma es la explicación decisiva del hecho para el sistema social. Frente a la explicación de la defraudación y del aprendizaje de cara al futuro como reacción a la defraudación de la expectativa cognitiva, la normativa reacciona con

una sanción. Ello tiene como consecuencia que no se aprende de la defraudación hacia el futuro, sino que se mantiene la expectativa contrafacticamente; es decir, con independencia de que la expectativa sea o no cumplida en la realidad ya que la validez de la expectativa es ajena a su cumplimiento o incumplimiento. Estas expectativas normativas, frente a las cognitivas, son expectativas en las que, en caso de defraudación, no hay que aprender y modificar la visión que se tiene del mundo, sino que las personas pueden mantener firme su confianza en las mismas a pesar de la defraudación. Es decir, estas expectativas se sostienen institucionalmente como válidas incluso contra experiencias que contradicen dicha validez. En ese aspecto precisamente reside su carácter normativo. Las expectativas normativas son aquellas en las que el que corre con los costes del conflicto es el defraudante en el momento en el que se explica el conflicto como algo que le es imputable a él.

La pena desde esta perspectiva es concebida como un instrumento para resolver las defraudaciones de expectativas que no pueden ser estabilizadas de otra manera; se trata de un tratamiento específico de defraudaciones que consiste en demostrar a costa del defraudante que se mantiene la expectativa de comportamiento. La sanción expresa que no es incorrecta la expectativa de la sociedad, sino la acción o comunicación del sancionado y resuelve comu-

nicativamente el conflicto mediante imputación de los costes de resolución del mismo a un sujeto. Ahí reside su carácter simbólico. La teoría funcional deja en evidencia que al lado de este tipo de sanciones, con un sentido comunicativo contrafáctico, pueden existir otras estrategias funcionalmente equivalentes². Una seguida por el Derecho positivo, por ejemplo, es definir al autor de la infracción como persona incompetente o que carece de significancia simbólica. En este sentido, aquel sujeto que es declarado inimputable, aunque infrinja la norma, no la desacredita, ya que su conducta carece de relevancia comunicativa.

De acuerdo con esta idea si no se impone la pena cuando es necesario las infracciones de normas que se van quedando sin castigo ponen en marcha un proceso de aprendizaje que erosiona la seguridad en las expectativas.

La perspectiva funcional que se acaba de esbozar perfila cómo la pena se mueve en un plano simbólico o comunicativo y no puramente instrumental de protección de bienes jurídicos. Se

² Básico JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976. (= en: JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, 1997), págs. 8 y ss. En profundidad sobre la relevancia de estas cuestiones en la teoría funcional del delito de JAKOBS, cfr. el análisis realizado por GÜNTHER, en: SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG, *Positive Generalprävention*, 1998, págs. 156 y ss. y por KALOUS, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, 2000, págs. 32 y s.; en ambos casos, con ulteriores referencias.

trata de comunicación frente al delito que, como acción culpable, no sería en esencia una lesión o puesta en peligro –naturalística– de bienes jurídicos, sino básicamente desautorización, quebrantamiento o descrédito de la norma. La pena no debe ser entendida en el plano natural, como un mal que sucede a otro mal, sino comunicativamente, como restablecimiento de la validez de la norma. «Un quebrantamiento de la norma... no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas»³. «Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional»⁴.

³ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, 1996 (= parcialmente en ZStW 107 [1995], págs. 843 y ss.), pág. 11.

⁴ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona* (nota 3), págs. 17 y s.

III. TRES FASES DE EVOLUCIÓN EN LA TEORÍA DE LA PENA DE GÜNTHER JAKOBS

La teoría de la pena de JAKOBS no puede quedar atrapada en una foto fija, ya que todavía se encuentra en plena evolución tras treinta años de continuas reformulaciones. Una adecuada comprensión de las propuestas de JAKOBS, por lo tanto, tiene como presupuesto tener en cuenta el aspecto dinámico de la construcción de su teoría de la pena, con las distintas fases evolutivas por las que ha ido transcurriendo. Sin embargo, como antes se ha dicho, lo que no ha cambiado en estas diversas fases ha sido el punto de partida teórico básico. Ello es lo que provoca que a lo largo de este proceso evolutivo JAKOBS haya venido representando en cada una de las fases un paradigma de las teorías funcionales de la pena.

En dicho proceso de reformulaciones de su teoría de la pena se pueden constatar esencialmente tres fases: una primera, hasta principios de los años noventa, que podría definirse como más psicologista, y en la que la pena se tematiza sólo como prevención (*infra* A.); otra segunda, caracterizada por la identificación de su teoría de la pena con un concepto funcional de retribución (*infra* B.); y una tercera, que se ha venido perfilando en los últimos años, y que en síntesis supone en cierto modo una cognitivización de la teoría de la pena (*infra* C.). Como se expondrá, la monografía que ahora se publica en castellano es la obra más representativa de esta tercera fase del pensamiento de JAKOBS sobre la pena.

A. LA PENA COMO MECANISMO SIMBÓLICO DE INFLUENCIA (PSICOLÓGICA) EN LOS MIEMBROS DE LA SOCIEDAD

A partir del modelo teórico antes expuesto, las primeras propuestas de JAKOBS, especialmente en su estudio *Schuld und Prävention*, se orientan hacia la defensa de un modelo volcado en exclusiva en la prevención general positiva. Aunque en los primeros planteamientos queda identificada prácticamente la prevención general positiva con el ejercicio en la fidelidad al Derecho⁵,

⁵ JAKOBS, *Schuld und Prävention*, (nota 2), pág. 10; sin embargo, en otros lugares, como en págs. 32 y s., se mantiene como función vinculada a ésta la preservación de la confianza en la norma. En el mismo sentido, ACHENBACH, en:

con posterioridad ya pasó a un primer plano la confianza general en la vigencia de las normas pese a su ocasional infracción, quedando relegados a un segundo plano el ejercicio en la fidelidad y el ejercicio en la aceptación de las consecuencias⁶, que eran las otras funciones que JAKOBS le otorgaba a la prevención general positiva⁷. En la posterior evolución de su pensamiento se puede constatar como JAKOBS le va otorgando una menor relevancia al aspecto individual de la infracción en beneficio de la significación social del hecho penal. La función de la pena se ha ido centrando en la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales

SCHÜNNEMANN (ed.), *El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, pág. 140, definiendo este concepto como: «una relación entre infracción de la norma y sanción entendida en términos de psicología social».

⁶ Esta tercera función residual de la pena nunca tuvo un lugar muy claro en el sistema de JAKOBS ni nunca ha sido desarrollada, quedando en un lugar muy secundario. Parece que si la pena no acrecienta la fidelidad en el Derecho de algunos ciudadanos, al menos cumpliría la función de avisarles de los costes de la infracción (en la línea de la teoría kelseniana de las normas). Éstos quedan informados de las consecuencias de determinadas modalidades de conducta. La falta de claridad de este apartado de la teoría de la pena de JAKOBS ha sido puesta de manifiesto en repetidas ocasiones: vid. por todos KALOUS, *Positive Generalprävention* (nota 2), pág. 39, con ulteriores referencias.

⁷ Vid. JAKOBS, ZStW 101 (1989), págs. 516 y ss. (= en: *idem*, *Estudios* [nota 2], págs. 128 y ss.) e *idem*, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991. (= *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1995), 1/15.

—porque de ellas depende la propia configuración e identidad de la sociedad—frente a las conductas que expresan una máxima de conducta incompatible con las mismas y que con ello ponen en entredicho la norma como modelo general de orientación en el contacto social⁸.

La referencia al «ejercicio de la fidelidad en el Derecho» ha venido protagonizando las críticas contra las aportaciones de autores como JAKOBS y KINDHÄUSER⁹, al resaltarse por parte de un sector doctrinal crítico que este tipo de posiciones no respetaría la autonomía de los individuos, al imponerles con el mecanismo de la pena no sólo un respeto externo a las normas, sino también una actitud interna de adhesión a los valores subyacentes. Críticas de esta orientación, que resaltan las similitudes entre estas primeras aportaciones de JAKOBS y los planteamientos de WEL-

⁸ Sobre la evolución de la concepción de JAKOBS desde *Schuld und Prävention* hasta su nueva formulación 20 años después en «Sociedad, norma y persona» vid. sólo PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de GÜNTHER JAKOBS», en: JAKOBS, *Estudios* (nota 2), págs. 18 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, *DOXA* 23 (2000), págs. 295 y ss. y ALGACER GUIRAO, *AP* 2001, págs. 242 y s., con nota 59.

⁹ Vid. a título de ejemplo las críticas del discípulo de JAKOBS LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, págs. 191 y s., notas 106 y 206, con nota 178, aunque reconoce que su maestro en los últimos tiempos ha cambiado de posición, y de SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG, *Positive Generalprävention* (nota 8), pág. 110, señalando también esa evolución.

ZEL, han motivado que en el marco de su continua funcionalización de los presupuestos básicos del Derecho penal, JAKOBS haya pretendido desligar en reformulaciones posteriores la función de la pena de cualquier tipo de influencia psicológica o interna en los ciudadanos¹⁰. Por ello en la segunda fase de la teoría de la pena de JAKOBS —que será tratada a continuación—, la sociedad que castiga ha quedado convertida en un sujeto propio con una identidad propia diferente a los ciudadanos, entendiendo JAKOBS que la pena sólo tiene sentido para ella. La teoría de JAKOBS ha acabado en la segunda fase de su pensamiento en las antípodas de las primeras teorías de la prevención general positiva de tinte más psicológico o que tenían básicamente en cuenta los efectos psicológico-sociales de la pena en los individuos.

B. LA PENA COMO CONFIRMACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LA SOCIEDAD

En algunos de los trabajos de su segunda época —hasta el año 2003—, JAKOBS¹¹ insiste en que

¹⁰ Vid. también KALOUS, *Positive Generalprävention* (nota 2), págs. 256 y s., como conclusión de su monografía.

¹¹ Estudios de Derecho judicial 20 (1999), págs. 135 y s. (= en: ESER/HASSEMER/BURKHARDT, *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, págs. 49 y s.; = MUÑOZ CONDE [coord.], *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004); *idem*, RPDJP 1 (2000), pág. 169. Muy cercanos FRISCH, en: SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (ed.), *Positive Generalprävention* (nota 8), págs. 139 y ss.; *idem*, en: ROXIN/WIDMAIER (ed.), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe*

la pena se debe entender como marginación del hecho

«en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad permanece inalterada; la pena es confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa, y con la pena se alcanza este —si se quiere— fin de la pena siempreahora bien, la función manifiesta de la norma de confirmar la identidad de la sociedad no excluye el aceptar como función latente una dirección de la motivación: la repetida marginalización del hecho y confirmación de la estabilidad social excluye formas de comportamiento delictivas del repertorio de las sugeridas por doquier, cuando no incluso recomendadas, en otras palabras, en la planificación cotidiana normal no se reflexiona en primer lugar acerca de la posibilidad de un proceder delictivo. Ésta es la denominada prevención general positiva como función latente de la pena. A ella también se le puede añadir aún un efecto intimidatorio, es decir, una prevención negativa, y otros más.»

Aunque no se diga expresamente, esa prevención general positiva como función latente de la pena es lo que anteriormente denominaba ejercicio en la fidelidad al Derecho. Desde su obra bá-

aus der Wissenschaft, tomo IV (Strafrecht, Strafprozessrecht), 2000, págs. 277 y ss. y su discípulo FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Heidelberg, 1998, 1/10 (lo que este autor reconoce expresamente en nota 12).

sica para entender esta segunda fase, Sociedad, norma y persona¹², JAKOBS viene afirmando que

«la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpabilidad suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación.»

(cabría añadir, para la sociedad). Insistiendo en este significado comunicativo, JAKOBS repite que

«el hecho y la pena, por consiguiente, se en-

¹² (Nota 3), pág. 18. Vid. también JAKOBS, Norm, Person, Gesellschaft, 2ª ed., 1999, págs. 106 y s.

cuentran en el mismo plano: el hecho es la negación de la estructura de la sociedad, la pena la marginalización de esa negación, es decir, confirmación de la estructura. Desde este punto de vista, con la ejecución siempre se ha alcanzado el fin de la pena: queda confirmada la configuración de la sociedad. Que además de ello se produzcan efectos psíquicos individuales o colectivos —intimidación, ejercicio en la fidelidad al Derecho u otros— no es esencial al fin de la pena, aunque tales efectos seguramente no sean secundarios en cuanto función latente de la pena". "La pena tiene pues una función sin que tenga que producir algo psico-socialmente"¹³.»

A partir de estas afirmaciones se puede apreciar como JAKOBS cambia radicalmente el rumbo que había iniciado en 1976 con *Schuld und Prävention*. Los elementos que podrían llamarse más psicologistas, como el ejercicio en la fidelidad al Derecho, tienen unos veinte años después prácticamente sólo un valor histórico como parte integrante del desarrollo de su concepción funcional de la prevención general positiva.

La insistencia de JAKOBS en esta fase de su pensamiento en dicha distinción entre los efectos confirmadores de la pena y los efectos preventivos (instrumentales), es decir, la separación entre la función abierta y las funciones latentes de la pena, es de enorme importancia, ya que la pena en virtud de cada función se dirige a un

¹³ PJ 49 (1998), pág. 298.

destinatario diferente. La función confirmadora se dirige a personas, esto es, a participantes en la comunicación. De ello cabe deducir que las funciones latentes se dirigen a delincuentes reales (prevención especial), delincuentes potenciales (prevención general negativa) y a la fidelidad interna de los individuos (prevención general positiva). Formulándolo de otro modo, la prevención general positiva es entendida en sentido psicológico-social y por ello acaba siendo rechazada por el propio JAKOBS.

En definitiva, en última instancia la función de la pena es confirmar la identidad de la sociedad¹⁴ o la real configuración normativa de la sociedad (y no la postulada por el autor). Ello es lo que la diferenciaría de otras consecuencias jurídicas. Como ha señalado el propio autor, esta perspectiva de partida es la que define al funcionalismo jurídico-penal como teoría¹⁵ o, mejor dicho, su teoría funcional del Derecho penal.

Para poder entender estas conclusiones no

¹⁴ Vid. las manifestaciones de JAKOBS en su prólogo a *Sociedad, norma y persona* (nota 3) y págs. 17 y ss.; *idem*, en: KODALLE (ed.), *Strafe muss sein! Muss Strafe sein?*, 1998 (= PJ 47 [1997], págs. 145 y ss.; = *Sobre la teoría de la pena*, 1998), págs. 31 y ss.; *idem*, en: NEUMAN/SCHULZ (ed.), *Verantwortung in Recht und Moral*, 2000, págs. 59 y s. En la misma línea PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pág. 57: «Confirma simbólicamente la autoridad de una determinada autointerpretación social y representa con ello un acto de autocercioramiento».

¹⁵ *Sociedad, norma y persona* (nota 3), pág. 15.

ción de contenidos materiales de esta descripción funcional de la retribución. La cuestión normativa esencial es para qué se retribuye o, formulado de otra manera, por qué necesita la sociedad confirmar su identidad normativa²⁰. Cuando JAKOBS en esta fase de su pensamiento afirma que su teoría es ajena a consideraciones empíricas, lo que quiere poner de manifiesto es que la pena no está orientada básicamente a conseguir determinados efectos psicológicos en el autor (prevención especial), ni en los autores potenciales (prevención general intimidatoria) o los restantes integrantes de la sociedad (visión psicologicista de la prevención general positiva o prevención-integración). La pena sólo tiene como función esencial en el plano del significado simbólico la condena del hecho y dicha retribución del hecho tiene un significado positivo para la sociedad de cara al futuro. Si todavía JAKOBS puede hablar de prevención es debido a que la concepción funcional de la norma como expectativa encierra siempre una referencia al futuro: la reacción frente a la lesión de la expectativa es para mantenerla como expectativa del sistema social. La norma se mantiene a pesar del delito como modelo de orientación de conductas y la pena cumple una función preventiva (de cara al

de la retribución desde una perspectiva sistémica KARGL, GA 1998, pág. 63.

²⁰ NEUMANN, en: ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (coord.), Crítica y justificación (nota 19), pág. 208.

futuro) porque reaccionando frente al delito mantiene (de cara al futuro) la vigencia de las normas penales; es decir, orienta de nuevo a la sociedad. En esa discreta referencia al futuro implícita en el concepto de expectativa es donde todavía se mantienen en la teoría ciertos aspectos de prevención general positiva. En ese punto, además del plano metodológico, es donde se diferencia todavía la posición de JAKOBS de la de neoretribucionistas como KÖHLER o WOLFF²¹.

La teoría de la pena como confirmación de la identidad de la sociedad aporta una visión comunicativa o simbólica de la retribución que se aparta de las tradicionales concepciones retributivas ontológicas o trascendentes al sistema. El mismo JAKOBS señala en alguno de sus escritos de esta época que lo que le interesa es el concepto de pena²². Dicho de forma simplista, en esta época el JAKOBS penalista fue superado por el filósofo. Dentro de una misma metodología funcional JAKOBS fue evolucionando desde una

²¹ FRISCH, en: SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (ed.), *Positive Generalprävention* (nota 8), pág. 143, le resta importancia a que se ponga más énfasis teórico en el clásico restablecimiento del Derecho (KÖHLER, WOLFF) o en la demostración de cara al futuro de la vigencia y validez del Derecho (perspectiva funcional), considerándolo una cuestión de matices. Hay que tener en cuenta en este trabajo —como en otros posteriores— que FRISCH apunta a una concepción de la pena muy cercana a la de JAKOBS.

²² JAKOBS, en: NEUMANN/SCHULZ (ed.); *Verantwortung* (nota 14), págs. 59 y s.

teoría radicalmente preventiva (en concreto, preventivo-general) hacia una teoría retributiva (en concreto, retributivo-hegeliana). Sin embargo, no se le puede negar a JAKOBS el valor que tiene haber vuelto a poner sobre el tapete de la discusión no sólo a HEGEL (lo cual al final es anecdótico) sino haber dejado en evidencia que la retribución cumple una función social, es decir, haber mostrado la funcionalidad de la retribución²³. Desde luego, a JAKOBS hay que reconocerle haber puesto en entredicho la idea de que un Derecho penal orientado o influido por las ciencias sociales resulta incompatible con la idea de retribución.

JAKOBS ha llegado a esta conclusión buscando en un nivel progresivo de abstracción la diferenciación funcional que hace que en cualquier sistema jurídico la pena preste una función para la que no existen equivalentes funcionales. La ha encontrado en la confirmación de la identidad de la sociedad, ya que concibe el Derecho penal como la estructura básica de la sociedad.

No es extraño por todo ello que en esta época se hayan puesto de manifiesto por parte de la doctrina los puntos de conexión entre KÖHLER y el liberalismo kantiano en Derecho penal y los trabajos de esa época de JAKOBS. La comparación procede, ya que nos encontramos ante las dos

²³ En esta línea, y siguiendo además a LESCH, KALOUS, *Positive Generalprävention* (nota 2), pág. 256 y *passim*.

grandes teorías retributivas de la moderna ciencia del Derecho penal: una radicalmente subjetiva y anti-funcional y otra radicalmente funcional y anti-psicologicista. De ahí viene la denominación de teorías monistas por parte de SCHÜNEMANN. Se trataría de teorías monistas en la medida en la que reducen la función de la pena a un concepto de retribución. Los efectos preventivo-generales de la pena serían efectos latentes de la retribución. La diferencia se encuentra en el fundamento de esa retribución, que para los primeros tiene que ver –de acuerdo con la tradición de la filosofía moral– con una racionalidad subjetiva, mientras que para JAKOBS sólo se puede explicar funcionalmente por razones ajenas a la individualidad. De estas bases divergentes deriva una fundamentación diversa de la culpabilidad y de los criterios de imputación de la teoría jurídica del delito. Los parentescos han sido resaltados especialmente por SCHÜNEMANN²⁴, quien considera que en «la interpretación sociologicista de HEGEL» de JAKOBS «el antiguo concepto de retribución ha sido simplemente sustituido por el discurso de la reafirmación comunicativa de la norma».

²⁴ En: ROXIN *et al.*, Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), 2000, pág. 116 y en: Modernas tendencias (nota 17), pág. 645. En el mismo sentido, *idem*, en: SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (ed.), Positive Generalprävention (nota 8), pág. 115. Asume este tipo de observaciones de SCHÜNEMANN, por ejemplo, KÜPPER, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), págs. 58 y s.

Que JAKOBS en realidad acaba describiendo desde una perspectiva funcional las características retributivas de la pena se muestra claramente en el desarrollo en esta época de lo que denomina «Derecho penal del enemigo». Este concepto, que en origen fue desarrollado para explicar —y someter a crítica en cuanto consecuencia de un proteccionismo defensivo— determinados preceptos de la Parte Especial en los que se adelanta la intervención del Derecho penal (sin que ello implique una correspondiente disminución de pena), ha sido reformulado, introduciendo en el concepto de pena perspectivas inocuizadoras o de prevención individualizada²⁵. Puede pensarse que ello es debido a que frente a la inseguridad cognitiva (peligrosidad de cara al futuro), la retribución nunca ha sido un instrumento adecuado.

Cabe objetarle a la teoría funcional de la pena

²⁵ Cfr. JAKOBS, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, 2003, págs. 57 y s. Este cambio cualitativo del concepto queda plasmado, por ejemplo, en *idem*, en: Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert. Festschrift für Dionysios Spinellis, 2001, págs. 460 y ss.; *idem*, en: ESER/HASSEMER/BURHARDT (ed.), Deutsche Strafrechtswissenschaft (nota 11), págs. 51 y ss. Originalmente, la comprensión prácticamente unánime del concepto fue en clave crítica, como antes se decía; cfr., por ejemplo, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, La imputación objetiva en Derecho penal, 1996, págs. 80 y s. Básica la exposición actual en *idem*, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, Derecho penal del enemigo, 1ª ed., 2003, págs. 19 y ss. Cfr. la exposición en el presente texto, *infra* III.C.2.

de JAKOBS que resulta altamente discutible su identificación entre ordenamiento jurídico-penal e identidad de la sociedad. No hace falta insistir en que es una evidencia que la identidad de la sociedad configura un determinado Derecho penal (bienes jurídicos que se consideran dignos de protección, estructuras de imputación, etc.) que varía de un modelo de sociedad a otro. Sin embargo, el perfil de un determinado Derecho penal no es más que un dato sobre cuál es la configuración de una determinada sociedad. Si la teoría de HEGEL acaba siendo absoluta porque parte de una identificación entre ética y Estado (no exenta de un trasfondo religioso), la de JAKOBS incurre en cierta absolutización en la medida que identifica sociedad y Derecho. No son extrañas en los últimos trabajos de JAKOBS afirmaciones del tipo «es el Derecho lo que configura la estructura de la sociedad»²⁶. Si bien la teoría de JAKOBS no es —como se le ha reprochado en numerosas ocasiones— una teoría absoluta²⁷, en la medida que como teoría funcional nunca ha buscado un fundamento trascendente a una determinada sociedad desligado completamente de efectos sociales ni niega que la pena pueda tener equivalentes funcionales que hagan el castigo innecesario, es cierto que en la teoría de JA-

²⁶ Sobre la normativización (nota 25), pág. 12.

²⁷ Lo niega expresamente JAKOBS, en: KODALLE (ed.), *Strafe* (nota 14), págs. 36 y s. e *idem*, *Norm, Person, Gesellschaft* (nota 12), pág. 107.

que la teoría funcional de JAKOBS tendría una laguna en la medida en la que no expone de forma abierta los elementos o condiciones nucleares de la identidad de las sociedades occidentales contemporáneas, lo que se vería agravado porque la determinación del núcleo de la identidad normativa de una determinada sociedad no es evidente, ni pacífica, y por ello depende en última instancia de valoraciones personales implícitas³⁰. En definitiva, que la posición de observador que pretende sólo describir es epistemológicamente imposible y en el trasfondo de su teoría existirían una serie de decisiones valorativas cuyo problema es que no son expuestas y sometidas a discusión.

Sin embargo, objeciones así orientadas se basan en un malentendido, ya que la doctrina dominante entiende la referencia de JAKOBS a la identidad de la sociedad como una referencia de tipo fáctico, más propia de un científico de las ciencias sociales, en la línea de las críticas que ha recibido por su «sociologismo»³¹ o por su

tenido al concepto de culpabilidad, se desatiende que el concepto de fin de la pena en JAKOBS no se refiere hoy en día de ningún modo a efectos sociales reales, sino sólo al sistema de Derecho penal, y con ello es circular».

³⁰ ALCÁZER GUIRAO, AP. 2001, págs. 119 y s.; SILVA SÁNCHEZ, en: ARROYO/ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (coord.), *Crítica y justificación* (nota 19), pág. 113; *idem*, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, 2001, págs. 119 y s.

³¹ Cfr. respecto de ello ahora al propio JAKOBS en: *Derecho Penal y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno*

metodología tecnológico-social. En este sentido, como la teoría dominante se mueve en estas cuestiones por un interés de legitimación, manteniendo un sector no escaso de la doctrina que lo que JAKOBS está defendiendo es una teoría de la pena que busca promover una determinada realidad social. La diferencia de perspectivas provoca que muchos autores críticos con JAKOBS le concedan a su teoría de la pena un significado y alcance distinto al que tiene. Mediante su tesis de la confirmación de la identidad normativa de la sociedad, JAKOBS no ha avanzado hacia un modelo de prevención de integración o «promocional», sino más bien hacia una teoría en la que lo retributivo prepondera sobre lo preventivo.

No se ha considerado suficientemente que esta teoría parte de una determinada racionalidad funcional y que debe ser entendida en el marco de dicha racionalidad³². JAKOBS no ha aportado más datos sobre este aspecto de la identidad normativa de la sociedad sencillamente porque identifica orden social con orden normativo, es decir, la identidad de la sociedad no es más que la identidad normativa, y averiguar la identidad normativa es la función de la dogmática. —con independencia de que al dogmático le agrade o

meno delictivo. Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía, 2005, pág. 345.

³² En profundidad sobre las bases teóricas sistémicas de la teoría funcional de JAKOBS vid. FEIJÓ SÁNCHEZ, en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas* (nota 1), págs. 435 y ss.

no personalmente ese ordenamiento positivo. No hay que olvidar que para JAKOBS las normas son la estructura de la sociedad³³. En definitiva, a partir de esa identificación entre orden social y orden normativo se identifica lesión de la identidad de la sociedad con quebrantamiento de la norma³⁴, ya que el Derecho es entendido como la estructura básica del sistema social. Por esa razón JAKOBS entiende que el autor que quebranta la norma penal está comunicando el mensaje «¡No esta sociedad!»³⁵. La pena mantiene la identidad de la sociedad simplemente respondiendo al quebrantamiento de la norma (delito); es decir, todo se sigue reduciendo a una descripción funcional del papel retributivo de la pena. Por tanto, JAKOBS dice mucho menos de lo que un sector doctrinal cree que dice y por ello le critica. La teoría de JAKOBS posiblemente merezca

³³ Sobre la normativización (nota 25), pág. 17.

³⁴ Ello es cada vez más evidente. En la presente monografía se señala como la estructura de la sociedad, que es lo mismo que la identidad, es asegurar un orden jurídico (la juridicidad), es decir, la vigencia del Derecho.

³⁵ Norm., Person, Gesellschaft (nota 12), pág. 103; *idem*, en: KODALLE (ed.), Strafe (nota 14), pág. 34, e *idem*, Sobre la normativización (nota 25), pág. 51 («el autor afirma a través de su hecho que el mundo debe ser configurado del modo en el que él se comporta, es decir, en contra de la norma y no de otra manera... el autor afirma que el contenido comunicativo de su comportamiento es válido para ulteriores comunicaciones»). En el mismo sentido PAWLK, Betrug (nota 14), págs. 57 y ss. Críticos con JAKOBS en este punto KÜPPER, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), pág. 58 y PUPPE, en: Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, págs. 473 y s.

crítica, pero por todo lo contrario. JAKOBS no entiende que la pena promueva nada, sino que partiendo de que hay un orden normativo con una cierta identidad sólo describe desde una perspectiva formal algo que resulta evidente. La pena contribuye a confirmar la identidad de la sociedad confirmando y manteniendo de cara al futuro la vigencia de la norma. La confirmación de la identidad de la sociedad es exactamente lo mismo que el mantenimiento de la vigencia de la norma.

En definitiva, la teoría funcional de la confirmación de la identidad social de JAKOBS aporta menos contenidos materiales nuevos de lo que parece. Su teoría comunicativa no supondría nada distinto que una transposición del concepto hegeliano de pena al presente, con un nuevo revestimiento funcional y con una concepción más moderna y liberal del Estado que la mantenida por HEGEL³⁶. JAKOBS ha conseguido fusionar bajo estos parámetros a HEGEL y a LUHMANN en una teoría muy personal.

La principal objeción que cabe hacer desde la

³⁶ Señala este aspecto como una ventaja más que una debilidad de las formulaciones más modernas de la prevención general positiva FRISCH, en: SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JARBORG (ed.), *Positive Generalprävention* (nota 8), págs. 139 y ss. Hay que acotar que la evolución en FRISCH hacia una concepción más normativa de la prevención general positiva viene jalonada por la influencia de neoretribucionistas como KÖHLER, E. A. WOLFF, SEELMANN o ZACZYK, especialmente del primero, y, a través de él, de HEGEL.

perspectiva de la doctrina dominante es que si lo que se busca es una orientación de legitimación —que JAKOBS rechaza—, este concepto funcional de retribución con efectos preventivo-generales latentes o no buscados resulta claramente insuficiente. La idea de fin queda eliminada del discurso. La pena puede tener determinadas consecuencias no buscadas, pero carece de un fin en sentido estricto.

Por todas estas razones las aportaciones de Jakobs en materia de determinación de la pena han sido más bien escasas. Dicho de otro modo, la abstracción descriptiva de JAKOBS dificulta sentar las bases para una mayor concreción de la pena, no siendo posible desarrollar una teoría de la determinación de la pena sobre la exclusiva base de un concepto funcional de retribución³⁷. JAKOBS no ha podido más que formular de manera genérica en sus trabajos de esta época que la medida de la pena se determina de acuerdo a la medida de la negación de la personalidad objetivada en el hecho³⁸. Se trata de una prestación bastante pobre que indica ciertas insuficiencias de una teoría que prácticamente abandona la dimensión preventiva del Derecho penal.

Tampoco se acierta a ver la necesidad de la

³⁷ Han señalado también estas carencias en el marco de la determinación de la pena KARGL, GA 1999, pág. 65 y LOOS, ZStW 114 (2002), pág. 670.

³⁸ Vid. sólo JAKOBS, Norm, Person, Gesellschaft (nota 12), pág. 105.

pena: si se corta cualquier tipo de referencia a la relevancia comunicativa del delito y la reacción mediante pena para los ciudadanos de una determinada sociedad³⁹. Es decir, el mensaje que interesa del delito no es el de *¡no esta sociedad!*, sino la información perturbadora para los ciudadanos de cara a organizar sus futuras relaciones sociales. Si el delito se convierte en costumbre lo mejor es prescindir de las normas como modelo de orientación. JAKOBS, coherente con su particular punto de partida, había omitido en los años noventa un tratamiento de la cuestión de cuál es el sentido que tiene para los ciudadanos (personas en Derecho y no individuos que se rigen por un código de satisfacción/insatisfacción) el que el sistema castigue y que castigue más o menos. Por ello no le resultaba posible tratar de forma satisfactoria algunas cuestiones como, por ejemplo, el desarrollo de criterios para una teoría de la determinación de la pena o la necesidad de que la pena suponga dolor o sufrimiento. De hecho, en su tercera y –hasta ahora– última fase evolutiva ha tenido que volver a tratar el tema del acoplamiento psicológico entre la pena y los ciudadanos y «recognitivizar» de forma creciente su teoría, que en el presente libro queda

³⁹ Correctamente señala ALCÁZER GUIRAO, ADPCP 1998, págs. 447 y s., en sus críticas a esta fase de la teoría de la pena de JAKOBS que los fines simbólicos de la pena «han de ser, si se pretende alcanzarlos, percibidos por los ciudadanos».

configurada como una teoría mixta en la que se entrelazan elementos normativos con otros cognitivos (los elementos de psicología social resurgen y aparecen perspectivas nuevas, en particular, la inocuización).

La teoría de la prevención general positiva desarrollada en los dos pasos reseñados hasta aquí presenta, entonces, si así se quiere, un déficit de toma de tierra social-concreta. Esta teoría no es, desde luego, una teoría de la legitimación del Derecho penal realmente existente, sino un esquema de interpretación de los mecanismos esenciales de la pena como fenómeno social y jurídico. En este sentido, posiblemente esté justificado el reproche de gran abstracción y se trate más de una metateoría que de una teoría estrictamente jurídico-penal; en todo caso, mientras se estime que ésta necesariamente ha de tener una componente afirmativa, de legitimación. Esta última cuestión —¿cuánta legitimidad, cuánta política criminal en la dogmática?—, obviamente, constituye uno de los problemas básicos, de siempre, de la ciencia del Derecho en su conjunto. Desde una perspectiva vinculada al trabajo dogmático concreto en el ámbito jurídico-penal, en todo caso, parece que no hay ni una separación tajante entre dogmática y política criminal ni un dominio de ésta sobre aquella⁴⁰. Por

⁴⁰ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, 1997, págs. 64 y ss.; CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias sobre temas penales*, 2000, págs. 145 y ss.

otra parte, el grado de abstracción descriptiva de esta aproximación a la teoría de la pena también genera beneficios de conocimiento; al adoptar una perspectiva algo elevada sobre el nivel de la eterna disyuntiva *quia peccatum est* y *ne peccetur*⁴¹, constituye un sólido fundamento sobre el que JAKOBS ha construido una dogmática jurídico-penal genuinamente moderna por su orientación social y realista, sin concesiones a los prejuicios y perjuicios derivados de la tradición.

C. LA IRRUPCIÓN DE LO FÁCTICO EN LA TEORÍA DE LA
PENA: LA NECESIDAD DEL DOLOR PENAL Y EL
«DERECHO PENAL» DEL ENEMIGO

En su continua búsqueda de una teoría del Derecho penal ajustada a la realidad social, JAKOBS se ha encontrado —como antes se ha señalado— con frecuencia con la objeción general de la «abstracción»⁴² de su teoría, entendida como el reproche de que la teoría de la prevención general positiva sólo trata como elementos secundarios, situados fuera del concepto de pena⁴³, determinados *factores empíricos* del funcionamiento de ésta. Es éste un reproche que, como es evidente, resulta especialmente relevante ante una

⁴¹ JAKOBS, PJ 47 (1997), pág. 150.

⁴² Cfr., por todos, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELLÁ, en: JAKOBS, Estudios (nota 8), págs. 26 y ss., con ulteriores referencias.

⁴³ Vid., por ejemplo, JAKOBS, AT², 1/16, y *supra* en este texto las referencias contenidas en las notas 11 y s.

aproximación teórica que, como acaba de recordarse, pretende ante todo retratar el funcionamiento social del sistema jurídico-penal. Precisamente a este ámbito —concretamente: los efectos preventivo-especiales y preventivo-generales negativos— es al que JAKOBS ha dedicado su atención preferente en el último período de desarrollo de su teoría de la pena. El nuevo posicionamiento sistemático de estos factores cognitivos de la pena en la aproximación más reciente de JAKOBS cristaliza sobre todo en dos elementos de gran relevancia en la discusión pública de asuntos relacionados con el Derecho penal: por un lado, la explicación sistemática en la teoría de la pena de la necesidad del *dolor penal*⁴⁴; por otro, la problemática del sujeto imputable peligroso (o: mejor, de determinados tipos de sujetos) desde la perspectiva del llamado *Derecho penal del enemigo*.

Esta verdadera irrupción de factores empíricos en la teoría penal permite formular la afirmación de que en los escritos más recientes —que de momento culminan en la obra a la que aquí se presenta una introducción—, cabe constatar un proceso de reorientación que con carácter general atribuye a estos efectos cognitivos de la pena, que aún eran secundarios en escritos anteriores, una nueva posición sistemática central⁴⁵. Como

⁴⁴ Cfr. sólo la argumentación de MIR PUIG, en: *idem*, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, pág. 138.

⁴⁵ Cfr. JAKOBS, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck,

dice JAKOBS sintéticamente en el prólogo a la presente edición, en esta nueva formulación de su teoría, las necesidades del mantenimiento de la vigencia real de la norma –su «apoyo cognitivo» o «cimentación cognitiva»– son satisfechas mediante el dolor penal, entendida esta función como mecanismo esencial de la pena. Pasando al lado del autor, aquellos sujetos que no muestran un «apoyo cognitivo» suficiente, pueden postularse como personas, pero no son personas reales, y reciben las sanciones de un «Derecho penal» del enemigo⁴⁶.

Es éste un cambio de orientación muy notable respecto de las fases evolutivas anteriores antes abordadas. En este sentido, como se verá, puede formularse la hipótesis de que –*sit venia verbo*– un JAKOBS anterior quizás habría dicho sobre la nueva configuración de la teoría de la pena que si con ella no se está ya, directamente, en misa y repicando⁴⁷, al menos sí se propone

2004. (= estudio que se publica en castellano en la presente obra; cfr. a continuación de este estudio introductorio), págs. 5 y ss., 26 y ss., 30 y *passim*; vid. el expreso abandono de puntos de vista anteriores en pág. 31, nota 147 y en el prólogo a este libro.

⁴⁶ El propio JAKOBS, si bien afirma su legitimidad sectorial, lo ubica fuera del ámbito del Derecho penal (vid. *infra* III.C.2.b); aún así, parece claro que la argumentación de JAKOBS respecto de este sector del ordenamiento parte de la propia teoría de la pena por él desarrollada.

⁴⁷ Así reza el reproche formulado por el propio JAKOBS frente a las teorías de la unión –aún en lo que aquí se ha propuesto identificar como su segunda fase evolutiva en materia de teoría de la pena–, PJ 47 (1997), pág. 146.

salvar un hiato demasiado grande entre significado (confirmación de la vigencia de la norma) y finalidad (seguridad en términos fáctico-naturales), entre pena y policía. Quizás también habría escrito que la única finalidad (en el Derecho penal de un Estado que a grandes rasgos está en funcionamiento y es legítimo) es el significado. Dicho de otro modo: la opción por la *dicotomización* —si se permite esta expresión— radical en la teoría de la pena, entre individuo y persona, entre orientación normativa y violencia de la pena, entre finalidad y significado, en fin, es la que explica la posibilidad de la irrupción de lo fáctico.

1. *El dolor penal como presupuesto del funcionamiento de la pena*

a) Como antes se ha indicado, uno de los puntos en los que se ha venido sometiendo a crítica la teoría de la prevención general positiva desarrollada por JAKOBS está en que su carácter formal le impediría integrar en su concepción el hecho característico de la pena de constituir un mal⁴⁶, o, dicho en palabras del propio autor,

⁴⁶ Cfr. sólo la argumentación de PENARANDA RAMOS, RPDJP 2 (2001), págs. 427 y ss., con ulteriores referencias; como consecuencia de ello —como antes se ha indicado en el presente estudio—, sería imposible aprehender la cuestión de la medida de la pena; vid. ahora JAKOBS, *Staatliche Strafe* (nota 45), págs. 30, 31 y ss. Respecto de los reproches de «abstracción» paralelos en el lado del contenido lesivo de la infracción penal, vid. sólo ALCÁZER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* (nota 29), págs. 112 y ss.

«¿por qué ha de haber precisamente dolor?»⁴⁹. JAKOBS ha dado ahora respuesta a esta objeción proponiendo el siguiente mecanismo para integrar la nota de «mal» de la pena en su teoría de la pena: el dolor penal se determina en función de la intensidad de afectación que sea necesaria en el autor —en un proceso simbólico de efectos bilaterales: pago y compensación— para que no sufra la cimentación cognitiva de la pena, lo que se logrará cuando el hecho se considere socialmente, al sufrir pena el autor, una empresa fracasada⁵⁰. Para alcanzar esta conclusión, arrancando de la noción decimonónica de «daño intelectual» del delito⁵¹, JAKOBS expone que el daño producido por el delito en la vigencia de la norma también ha de comprenderse en sentido real. Esto implica que la expectativa normativa se vea reforzada por cierta base de vigencia real, que exista la mencionada «cimentación cognitiva», hecha con el hormigón de la praxis fáctica de una norma. Este proceso implica infligir un daño, ya que sólo así la empresa delictiva será considerada como fracasada. Ahora bien, en este punto JAKOBS subraya que ese dolor sólo puede llegar al monto que deba el infractor por

⁴⁹ JAKOBS, en: LH Reyes Echandía (nota 31), pág. 343.

⁵⁰ JAKOBS, Staatliche Strafe (nota 45), págs. 31 y ss.; *idem*, en: LH Reyes Echandía (nota 31), págs. 339 y ss., 341 y ss.

⁵¹ JAKOBS, LH Reyes Echandía (nota 31), págs. 343 y s.; vid. al respecto PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, Estudios (nota 8), págs. 25 y s.

su hecho, a la compensación del «daño intelectual» debido a su conducta, lo que excluye, a su juicio, por un lado, la existencia de sanciones en clave preventivo-general para mejorar la vigencia de la norma, y, por otro, también compromete la legitimidad de sanciones que se basen en un pronóstico de conducta futura, en lugar de en el hecho pasado: «no ha de prestarse ya ahora la reparación del daño correspondiente a hechos futuros»⁵².

b) En una primera aproximación a esta propuesta, parece que no supone un cambio de rumbo. La existencia de este factor cognitivo —la necesidad de infligir dolor para penar a un sujeto— asienta un parámetro fáctico que es la llave para hacer un cálculo de costes y beneficios desde la perspectiva de lo que cuesta, en moneda de dolor penal, realizar un delito. Esta definición puede comprenderse como una precisión⁵³ de la fórmula anterior utilizada por JAKOBS de la necesidad social de una «objetivación» de la pena en correspondencia con lo acontecido,

⁵² JAKOBS, LH Reyes Echandía (nota 31), págs. 344 y ss., 347.

⁵³ Por otra parte, parece discutible que una teoría de este grado de abstracción pueda ofrecer definiciones más precisas; en todo caso, «... no debe esperarse una exactitud matemática en la descripción de la configuración social... quien ve una nube que tiene exactamente la forma de un cubo, ve algo que no es una nube o padece un defecto óptico» (JAKOBS, Sobre la normativización [nota 25], pág. 31).

también objetivamente, en el hecho⁵⁴; una necesidad social que se toma como presupuesto histórico-concreto en una determinada sociedad. Hasta este punto, puede pensarse que la especificación teórica en torno a la función del dolor penal no es incompatible ni con la variante *sociológica*, ni con la variante *retributiva* de la teoría de la pena de JAKOBS.

Desde la perspectiva aquí adoptada, el cambio de orientación se inicia, por el contrario, en el momento de la separación de elementos de significado y elementos fácticos relativos a la prevención. Al *salir de la latencia*, las implicaciones psicológico-sociales de ciertas funciones, antes secundarias, de la pena hacen descender a la teoría al plano de los conflictos aporéticos propios de las teorías de la unión. Dicho de otro modo: al introducir en la teoría de la pena el elemento corrosivo –aunque, claro está, su autor lo debe estimar un ancla imprescindible en la realidad social *real*– de la *cimentación cognitiva*, se diluye la unidad conceptual que caracteriza a la teoría de la prevención general positiva. En este sentido, la segregación en *carne y espíritu*⁵⁵ obliga después paradójicamente a intentar traducir de una moneda a la otra para preservar la unidad de la teoría: «la prevención general negativa... en esta medida se halla contenida en la positiva»⁵⁶.

⁵⁴ JAKOBS, en: KODALLE (ed.), *Strafe* (nota 14), pág. 6.

⁵⁵ JAKOBS, en: LH Reyes Echandía (nota 31), pág. 345.

⁵⁶ JAKOBS, *Staatliche Strafe* (nota 45), pág. 33.

Sin embargo, este cálculo no puede llevarse a cabo con éxito: no hay un tipo de cambio⁵⁷ con el que pudiera calcularse el valor en lesión a la vigencia de la norma al cambio en la divisa de «inquietud social»⁵⁸, es decir, en la necesidad de contenidos preventivos fácticos. Dando un paso más allá hacia el *lado oscuro* de la prevención especial se arriba al Derecho penal del enemigo, ámbito que se aborda, finalmente, a continuación, y que pone de manifiesto con especial claridad los inconvenientes en términos de coherencia que supone esta evolución.

2. *El Derecho penal del enemigo: la reacción frente a imputables peligrosos*

El segundo estadio de la irrupción de lo fáctico antes señalada se encuentra, entonces, en una consideración de determinados infractores que se apartan permanentemente del cumplimiento de la norma. En el marco de esta problemática, JAKOBS ha recuperado recientemente el concepto de «Derecho penal» del enemigo⁵⁹ propuesto por él mismo hace ya más de veinte años. Conviene someter a un análisis de cierta profundidad esta construcción teórica en el presente

⁵⁷ Cfr., sin embargo, JAKOBS, Staatliche Strafe (nota 45), pág. 32; *idem*, en: LH Reyes Echandía (nota 31), pág. 347 y s.

⁵⁸ JAKOBS, Staatliche Strafe (nota 45), págs. 31 y s.

⁵⁹ Cfr. acerca de lo que sigue CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, Derecho penal del enemigo (nota 25), págs. 57 y ss., 89 y ss.; *idem*, en: op. cit., 2ª ed., en prensa para ed. Civitas, *passim*; *idem*, ZStW 117 (2005), págs. 267 y ss.

contexto, ya que —como intentará mostrarse a continuación— se encuentra estrechamente relacionada con la última reorientación de la teoría de la pena llevada a cabo por JAKOBS.

a) Definición

1. Según JAKOBS⁶⁰, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en *primer lugar*, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de —como es lo habitual— retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido); en *segundo lugar*, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena

⁶⁰ Quien introdujo —en tres fases de distinta orientación, podría decirse: 1985, 1999/2000 y 2003/2004— el concepto en la discusión más reciente (JAKOBS, ZStW 97 [1985], págs. 753 y ss.; *idem*, AT², 2/25c; *idem*, Estudios de Derecho judicial 20, 1999, págs. 137 y ss.; *idem*, en: ESER/HASSEMER/BURKHARDT [ed.], Deutsche Strafrechtswissenschaft [nota 11], págs. 47 y ss., 51 y ss.; *idem*, en: JAKOBS/CANCIO MELIÀ, Derecho penal del enemigo (nota 25), págs. 21 y ss.; *idem*, Staatliche Strafe (nota 45), págs. 40 y ss.; *idem*, «Terroristen als Personen im Recht?» [manuscrito en prensa para ZStW 117 (2005), fasc. 4]); exhaustivo análisis y valoración crítica de los escritos de JAKOBS publicados hasta 2003 en PRITTWITZ, en: MIR PUIG/CORCOY/BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (ed.), La política criminal en Europa, 2004, págs. 107 y ss.; cfr. también CANCIO MELIÀ, ZStW 117 (2005), págs. 267 y ss., 287 y ss.; *idem*, en: JAKOBS/CANCIO MELIÀ, Derecho penal del enemigo (nota 25), 2ª ed., III.

amenazada; en *tercer lugar*, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas⁶¹. La esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está en que éste constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa⁶², ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental⁶³, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas⁶⁴. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos⁶⁵. Desde la perspectiva del último JAKOBS, ésta puede ser en algunos casos

⁶¹ Vid. sintéticamente JAKOBS, Estudios de Derecho judicial 20 (1999), págs. 138 y s. Los trabajos de JAKOBS han desencadenado ya una incipiente discusión en los ámbitos de habla alemana y española en la que hay que constatar sobre todo voces marcadamente críticas; cfr. las referencias en JAKOBS, «Terroristen als Personen» [nota 49], nota 14; CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, Derecho penal del enemigo (nota 25), págs. 79 y ss.; *idem*, en: op. cit., 2ª ed., notas 40 y ss.

⁶² En términos del significado habitual de la pena criminal en la comunicación; sobre esto a continuación en el texto.

⁶³ Desde esta perspectiva, es llamativo el paralelismo con la idiosincrasia de determinadas tendencias inocuizadoras en la discusión estadounidense que reciben la significativa denominación de «*managerial criminology*»; vid. sólo la exposición de SILVA SÁNCHEZ, La expansión (nota 30), págs. 141 y ss. y 145.

⁶⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ (La expansión [nota 30], pág. 163): «fenómenos... que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado».

⁶⁵ JAKOBS, Cuadernos de Derecho judicial 20 (1999), pág. 139.

una reacción jurídica inevitable para aquellos sujetos que se apartan de modo persistente de la norma y por ello son sectorialmente despersonalizados por el ordenamiento jurídico como «enemigos».

Desde el punto de vista aquí adoptado, esta definición es correcta en cuanto contiene elementos de descripción que se corresponden con la realidad jurídico-positiva⁶⁶. En lo relativo al alcance concreto de estas normas realmente existentes, habría que llevar a cabo un análisis pormenorizado por sectores de regulación, puesto que el concepto de Derecho penal del enemigo es una definición típico-ideal. Pero sí parece claro que en el ordenamiento español, por ejemplo, el centro de gravedad del Derecho penal del enemigo está en los delitos relacionados con las drogas⁶⁷, en la reacción del Derecho penal frente

⁶⁶ El hecho de que existe ese Derecho penal del enemigo en el ordenamiento positivo (SILVA SÁNCHEZ dice [La expansión (nota 30), pág. 166] que sobre esto «no parece que se pueda plantear duda alguna»), y que puede ser descrito en los términos expuestos, es algo que no es cuestionado; en lo que se alcanza a ver, tampoco por parte de los autores que se han manifestado en sentido crítico frente al desarrollo de JAKOBS (cfr., por ejemplo, expresamente PORTILLA CONTRERAS, mientras tanto 83 [2002], págs. 77 y ss., 83 y 91; DEMETRIO CRESPO, NDP 2004/A, pág. 50; LAURENZO COPELLO, RDPCr 12 [2004], pág. 455).

⁶⁷ Cfr. sobre esta problemática en el caso español sólo MUÑOZ SÁNCHEZ/DÍEZ RIPOLLÉS/GARRIDO DE LOS SANTOS, Las drogas en la delincuencia, 2004, con ulteriores referencias; vid. las consideraciones globales al respecto, por ejemplo, en SCHÜNEMANN, GA 2003, págs. 306 y ss.

al fenómeno de la inmigración⁶⁸, y, sobre todo, en el nuevo Derecho antiterrorista, primero en la redacción dada a algunos de los preceptos correspondientes en el CP de 1995⁶⁹, después en la reforma introducida mediante la LO 7/2000⁷⁰, y finalmente mediante las reformas que han entrado en vigor en el año 2004 en este campo⁷¹.

2. Sin embargo, esta definición, aunque correcta en su contenido, es incompleta: sólo se corresponde de manera parcial con la realidad (legislativa, política y de la opinión publicada). En primer lugar: aún sin llevar a cabo un estudio de materiales científicos relativos a la psicología social, parece claro que en todos los campos importantes del Derecho penal del enemigo («cárteles de la droga»; «criminalidad de la inmigración»; otras formas de «criminalidad organizada» y terrorismo) lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desa-

⁶⁸ Cfr., por todos, respecto de la reacción del Derecho penal español frente al fenómeno, CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ, en: BACIGALUPO/CANCIO MELIÁ (ed.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005, págs. 343 y ss.

⁶⁹ Cfr. la sintética descripción en CANCIO MELIÁ, en: RODRÍGUEZ MOURULLO/JORGE BARREIRO *et al.*, *Comentarios al Código penal*, 1997, págs. 1384 y ss.

⁷⁰ Cfr. CANCIO MELIÁ, JpD 44 (2002), págs. 19 y ss., 23 y ss.; *idem*, en: FERRER *et al.*, *Derecho, libertades y razón de Estado*, 2005, págs. 21 y ss.; FEJOO SÁNCHEZ, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, págs. 46 y ss.

⁷¹ Fundamentalmente, a través de las Leyes Orgánicas 7 y 15/2003.

rolla una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de «enemigos» en este sentido pseudorreligioso que en la acepción tradicional-militar del término⁷². En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista una calificación como «otro»⁷³, no es, en realidad, una identificación como fuente de peligro, no supone declarararlo un fenómeno natural a neutralizar, sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído⁷⁴? Visto desde esta perspectiva el proceso simbólico, el elemento decisivo es que se produce una *exclusión* de una determinada categoría de sujetos del círculo de ciudadanos, por lo que puede afirmarse que en este ámbito, la defensa frente a

⁷² Respecto del terrorismo de nuevo cuño, SCHEERER. (Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien, 2002, págs. 7 y ss., 13 y ss.) identifica la patologización y la mitologización de las conductas en cuestión como verdaderas características decisivas en el discurso de combate contra el terrorismo. Con carácter general sobre este fenómeno de «demonización», en cuanto parte de un nuevo paradigma criminológico centrado en la noción de «exclusión», vid. sólo el análisis de YOUNG, La sociedad «excluyente». Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía, 2003, págs. 155 y ss., planteado con un amplio enfoque y con ulteriores referencias.

⁷³ Que sencillamente, es peligroso; al que no se le hace en primera línea un reproche, sino se persigue su neutralización.

⁷⁴ Uno de cuyos nombres, es, precisamente, *el Enemigo*.

riesgos —que es el denominador esencial de la agenda político-criminal explícita— es lo de menos. En este sentido, la carga genética del punitivismo⁷⁵ (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad) se recombina con la del Derecho penal simbólico⁷⁶ (la tipificación penal como mecanismo de *creación* de identidad social) dando lugar al código del Derecho penal del enemigo⁷⁷, o, dicho de otro modo, el Derecho penal del enemigo constituye una nueva fase evolutiva sintética de estas dos líneas de desarrollo. Este significado simbólico específico del Derecho penal del enemigo, en *segundo lugar*, abre la perspectiva para una segunda característica estructural: no es (sólo) un determinado «hecho» lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos. En conclusión: a las tres características (anticipación de las barreras de punición; desproporción de las consecuencias jurídicas; eliminación de garantías procesales) propuestas como notas definitorias del Derecho penal del enemigo habría que añadir una cuarta:

⁷⁵ Cfr. CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, Conferencias (nota 40), págs. 121 y ss., 131 y ss.

⁷⁶ Vid. las referencias en CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, Conferencias (nota 40), págs. 125 y ss.

⁷⁷ Cfr. sobre esta relación de parentesco CANCIO MELIÁ, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, Derecho penal del enemigo (nota 25), págs. 65 y ss., 69 y ss.

la función de *identificación (mediante exclusión) de una categoría de sujetos como enemigos*, y la correspondiente orientación al *Derecho penal* de autor de la regulación.

b) *Implicaciones*

1) Política criminal y carga normativa del sistema penal

Desde la perspectiva de la política criminal, parece que puede afirmarse que el fenómeno del Derecho penal del enemigo en las legislaciones actuales no es consecuencia de un factor externo –de un atentado como desencadenante o de una mayoría política circunstancial– a la propia evolución de los sistemas jurídico-penales. Muy al contrario, un análisis de los desarrollos y los estudios político-criminales previos a la actual oleada de Derecho penal del enemigo en los boletines oficiales muestra que su origen tiene sus raíces en momentos históricos anteriores al actual. También parece claro que, precisamente por el hecho de que no se trata de un fenómeno coyuntural y no es debido a factores exógenos, el actual Derecho penal del enemigo no es un simple retorno de una política criminal autoritaria, sino una fase evolutiva nueva⁷⁸; y ningún

⁷⁸ Cfr. CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo* (nota 25), págs. 65 y ss., 87 y ss.; *idem*, ZStW 117 (2005), págs. 267 y ss., 287 y ss. Por ello, la cuestión planteada por DEMETRIO CRESPO (NDP 2004/A, págs. 47 y ss.) en el título de su trabajo («¿evolución o involución?») debe contestarse de modo unívoco con el primero de los conceptos

movimiento de base en el sistema jurídico-penal carece de implicaciones en la teoría de la pena.

JAKOBS ha objetado en ocasiones a quienes someten a crítica al concepto de Derecho penal del enemigo que con ella se confunde la realidad con el deseo, en el sentido de que se convierte artificiosamente a enemigos reales en personas, en ciudadanos ficticios⁷⁹. Ello es, naturalmente, cierto desde una perspectiva meramente fáctica (en el plano psicosocial, puede ser el caso de amplios sectores de la población, identificados con las potenciales víctimas, o en el plano de la psicología individual, en el caso de muchos autores, quienes con frecuencia se autodefinen, de hecho, como «enemigos»); pero esta constatación no afecta en nada al razonamiento: la gracia del Derecho penal moderno, precisamente (y de una teoría que lo describa adecuadamente), está en que la pena no reacciona ni frente a la maldad (contra pecadores) ni frente a la nuda peligrosidad (contra enfermos), sino frente a manifestaciones de sujetos culpables que ponen en cuestión las características (esenciales) de la configuración de la sociedad (si así se quiere: contra ciudadanos equivocados). No hay enemigos en Derecho penal, por lo que de hecho, todos

(en otra línea DEMETRIO CRESPO, loc. cit., págs. 49, 67 y ss.). Vid. también la argumentación de DIEZ RIPOLLÉS, en: BACIGALUPO/CANGIO MELIÁ (ed.), *Derecho penal y política transnacional* (nota 60), págs. 243 y ss., 252 y ss.

⁷⁹ Así JAKOBS, *Staatliche Strafe* (nota 45), págs. 47 y s.

los seres humanos son ciudadanos (o, si se quiere: se les eleva artificialmente a esa condición). Los «ataques» de sujetos imputables o son actos de guerra en sentido estricto o son delitos, *tertium non datur*⁸⁰.

Siguiendo en este contexto de argumentación, saltando entre riesgos fácticos y reacciones jurídico-penales⁸¹, también puede que se afirme que quizás la posición aquí defendida –el rechazo del Derecho penal del enemigo en el plano de la teoría del Derecho penal– sea (normativamente) correcta, pero socialmente irrelevante⁸² porque no procesa la (indiscutida) explosión jurídico-positiva del Derecho penal del enemigo realmente existente. Pero tampoco esta línea crítica realmente alcanza a la posición aquí propuesta:

⁸⁰ Dicho desde una perspectiva más general, no es que aquí se afirme que el único Estado de Derecho posible es el ideal (cfr. JAKOBS, «Terroristen als Personen» [nota 49], III., texto anterior a las notas 16 y 17), sino que específicamente se dice que la incorporación del binomio pena-enemigo es *categorialmente* incompatible con el Estado de Derecho.

⁸¹ Casos en los que –al menos en el plano descriptivo– «la pena es un instrumento para un fin policial, un paso en la lucha por la seguridad»; JAKOBS, «Terroristen als Personen» (nota 60), I., texto posterior a la nota 4. Sobre la tensión entre ambos extremos en el sistema de JAKOBS con carácter más general, vid. PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2 (2001), págs. 413 y ss.

⁸² Lo que sobre todo desde la perspectiva de una construcción teórica como la de JAKOBS, que pretende ser una aproximación a la realidad social del Derecho, como se ha indicado en el texto, implica que ésta sería una posición teórica quizás internamente coherente, pero, en todo caso, errónea.

en un primer paso, la diferenciación conceptual entre «Derecho penal del ciudadano y «Derecho penal» del enemigo sólo implica eso mismo, el establecimiento de una diferencia entre esta clase de ley penal y las características esenciales de lo que hasta ahora ha sido considerado Derecho penal en nuestro entorno jurídico-político. Entonces, en este primer paso analítico se advierte que una ulterior profundización de esta evolución conduce a un «Derecho penal» distinto. También desde una perspectiva teórica modesta (positivista⁸³) respecto de la ciencia del Derecho, más bien escéptica frente a la fuerza de legitimación interna de la ciencia del Derecho penal⁸⁴, quizás pueda valorarse como un instrumento de análisis útil cuando se perfilan los rasgos de un posible cambio de paradigma.

⁸³ Procede recordar aquí la temprana valoración (publicada en 1984) de BARATTA, CPC 1984, pág. 542, ahora en: *idem*, Criminología y sistema penal. Compilación *in memoriam*, 2004, pág. 13: «Indudablemente, estamos en presencia... en el caso de... JAKOBS de una concepción que lleva a sus últimas consecuencias el modelo de ciencia jurídica propia del iuspositivismo».

⁸⁴ Cfr. sólo JAKOBS, AT², 1/1, 1/8, 1/18 (el modelo defendido «presupone que el orden social merece los costes que se imponen al infractor de la norma»), 1/20 («la pena sólo puede ser legitimada por el valor del ordenamiento para cuyo mantenimiento se castiga»); vid. también *idem*, ZStW 107 (1995), págs. 25 y ss., 33 y ss. y 37; MÜSSIG, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, págs. 89 y s. y 140 y ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, Estudios (nota 8), págs. 17 y ss., 26 y ss.

Más allá del diagnóstico crítico que aquí se propone, la agenda político-criminal que de él deriva desde la perspectiva aquí abordada es sencilla, pero existe. No se mira hacia otro lado, permaneciendo en una torre de marfil teórica⁸⁵. El orden del día político-criminal es el siguiente: debe eliminarse el «Derecho penal» del enemigo que está entrando en las legislaciones penales. Una primera razón está en que es ilusoria la idea de un confinamiento del «Derecho penal» del enemigo a determinados límites mediante su jurificación⁸⁶. El problema no consiste en un dualismo entre una concepción normativa (Derecho penal de la culpabilidad: reproche jurídico frente a un ciudadano) y otra cognitiva («Dere-

⁸⁵ No deja de resultar llamativo para quien ha seguido la trayectoria teórica de Günther JAKOBS que ahora pueda verse cómo somete a crítica a cierta «prepotencia *normativista*» por «dejar fuera de consideración las condiciones de la realidad del Derecho», lo que implica que posiciones como la aquí defendida significan «vivir en las nubes –*Wolkenkuckucksheim*– de los postulados, desde las cuales, desde luego, se puede criticar magníficamente esa realidad del Derecho, pero, eso sí, sin que ello tenga consecuencia alguna» (JAKOBS, «*Terroristen als Personen*» [nota 49], nota 9; sin cursiva en el original). Desde el punto de vista aquí adoptado, sea cual sea el puesto de observación, lo que se ve con claridad es que esta cuestión –acerca de si es necesario un Derecho de excepción– no es que no se quiera plantear, sino que es una cuestión jurídico-política sobre la que cabe tener opiniones diferentes, no un elemento conceptual del Derecho penal. Cfr. a continuación en el texto.

⁸⁶ Cfr. JAKOBS, *Staatliche Strafe* (nota 45), págs. 45 y s.; *idem*, «*Terroristen als Personen*» (nota 60), IV., texto posterior a la nota 25.

cho penal» del enemigo: control de una fuente de peligro) del Derecho penal. Lo que sucede es que el «Derecho penal del enemigo» constituye no una regresión a meros mecanismos defensistas, sino un desarrollo degenerativo en el plano simbólico-social del significado de la pena y del sistema penal. Los ejes estructurales del «Derecho penal» del enemigo se transmiten así —a través de argumentaciones de identificación simbólica— a nuevos sectores de regulación con mayor rapidez de lo que lo haría una argumentación racional con base en riesgos mensurables; dicho de otro modo, el «Derecho penal» del enemigo contamina con especial facilidad —como un poco de aceite industrial un medio acuático natural— el Derecho penal ordinario⁸⁷.

La discusión en torno a la conveniencia de medidas excepcionales más allá del ordenamiento jurídico-penal, por lo tanto, no es una cuestión que pertenezca al Derecho penal en sentido es-

⁸⁷ Esto resulta evidente en el plano empírico si se piensa en las múltiples instituciones que, proviniendo del Derecho penal antiterrorista, han sido incorporadas al Derecho penal ordinario con carácter general. Un ejemplo con raíces históricas aún más profundas es el de la regulación de los actos preparatorios en el Código penal alemán (JAKOBS, Staatliche Strafe [nota 45], págs. 45 y s.): esta regulación, que supone una anticipación de barreras de criminalización, muestra la facilidad con la que permanece (y, como sucede en este caso, es ampliada en su alcance) una norma debida a un contexto conflictivo (el enfrentamiento entre la Iglesia católica y el canciller Bismarck, llamado *Kulturkampf*, a finales del s. XIX) que pertenece a un pasado ya muy remoto.

tricto, sino un problema de política legislativa. En todo caso, antes de determinar si parecen materialmente adecuadas las opciones político-criminales del «Derecho penal» del enemigo, hay que señalar el obvio fraude de etiquetas que supone la usurpación del rótulo de Derecho penal por parte de las medidas de excepción que conocemos como «Derecho penal» del enemigo⁸⁸: en este ámbito, llamar las cosas por su nombre tiene indudable importancia, y las medidas de excepción deberían ser identificadas, antes de nada, formalmente como tales.

Sin embargo, entrando en el fondo de la cuestión: ¿es necesario un Derecho de excepción, llámese como se llame? Desde la perspectiva aquí adoptada no hay en el horizonte del «Derecho penal» del enemigo, en ninguno de los sectores, riesgos que realmente merezcan el estado de excepción⁸⁹. Desde el punto de vista aquí defen-

⁸⁸ Y del *pequeño detalle formal* de que el ordenamiento jurídico prevé mecanismos jurídico-constitucionales específicos para las medidas de excepción.

⁸⁹ Desde el punto de vista aquí adoptado, esta constatación no se ve en absoluto afectada por el hecho de que, como consecuencia de los atentados del 11-9-2001 en Nueva York, en diversos países se haya establecido una regulación del estado de necesidad que puede presentarse cuando una aeronave está en el poder de un grupo terrorista que puede usarla como arma ofensiva contra un edificio etc. JAKOBS, sin embargo [«Terroristen als Personen» (nota 60), III, texto correspondiente a la nota 18, referido al § 14.3 de la Ley alemana de Seguridad Aérea; en el caso español, vid. el art. 16 d) de la LO 5/2005, de 17-11-2005; de Defensa Nacional], afirma que el hecho que se autorice al Estado a matar a suje-

dido, la cuestión de si la sociedad preferirá sucumbir⁹⁰ o asumir recortes de ámbitos de libertad y ampliaciones masivas de los medios de intervención estatal —en cuya cúspide se encuentra la «pena» exacerbada que es la pena draconiana impuesta al *enemigo*— sencillamente no procede; no se ve abismo alguno si se observa la realidad. Es ésta, en todo caso, una apreciación

tos completamente inocentes tiene una «fuerza explosiva sistemática» que difícilmente puede infravalorarse: si quien ninguna responsabilidad tiene puede verse privado de la vida, ¿cómo no va a poder aplicarse una especial presión sobre quien es responsable de la situación? A pesar de la aparente fuerza de convicción de esta argumentación, sin embargo, la comparación no parece correcta, ya que los títulos de los que deriva la intervención en los bienes de los ciudadanos afectados son completamente divergentes en ambos casos: por un lado, se trata de sujetos que se ven envueltos en un estado de necesidad muy especial y a los que se impone una intervención gravísima —su muerte— en sus bienes por un razonamiento típico del estado de necesidad, *ante un riesgo que amenaza*: ese es el «título» del daño que se les impone. Por otro lado, sin embargo, en el caso de los terroristas, el título es *pena* —puesto que en el caso de meros sospechosos, no puede haber más que una presunción de responsabilidad, y, por lo tanto, no puede haber más que las medidas cautelares autorizadas por la Ley—, la pena que les corresponde por haber cometido una infracción criminal *en el pasado*. Se trata, por lo tanto, de un *argumentum a maiore ad minus* aparente, ya que los objetos sometidos a comparación no son homogéneos [sin que ello afecte a la argumentación acabada de exponer, ha de acotarse que el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional el precepto al que JAKOBS alude con fecha de 15-2-2006].

⁹⁰ JAKOBS, en: *idem*/CANCIO MELIÁ, Derecho penal del enemigo (nota 25), 1.^a ed., pág. 42; vid. también *idem*, «Terroristen als Personen» (nota 60), III., texto correspondiente a la nota 17.

de carácter *político-criminal* que excede de la mera descripción o sistematización: como a continuación se expondrá, en este punto la evolución conduce, en realidad, fuera de la teoría del Derecho penal, fuera de la teoría de la pena, hacia una discusión política en torno al estado de excepción.

2) Teoría de la pena

Regresando al plano teórico interno del Derecho penal, esta agenda político-criminal se ve confirmada por el hecho de que el Derecho penal (del ciudadano) no puede absorber (ni convivir con) el discurso defensista-demonizador propio del «Derecho penal» del enemigo: si precisamente desde una perspectiva como la del sistema funcional (positivista) desarrollado por Jakobs, el sistema penal es internamente ciego a determinados presupuestos de legitimidad, tampoco puede procesar determinados presupuestos fáctico-cognitivos en el lado de los autores culpables más allá de esa culpabilidad si se pena con base en ésta. En este sentido, en Derecho penal —una vez reconocida la ciudadanía política general como base del sinalagma autonomía-responsabilidad—, todos los sujetos imputables son ciudadanos a efectos jurídico-penales por definición⁹¹. El Derecho penal de la culpabilidad no

⁹¹ De hecho, JAKOBS sigue a día de hoy (vid. su reciente trabajo en ZStW 117 [2005], págs. 247 y ss.) manteniendo en otros puntos de la construcción teórica un nivel de «resistencia normativista» que casa bien con el punto de vista aquí

puede tomar nota de un pronóstico de peligrosidad individual o colectivo de determinados autores responsables. No es que no se quiera abordar la cuestión de qué hacer con esos autores, es que *jurídico-penalmente*, nada se puede hacer más allá de la pena como medio comunicativo de reacción a un hecho. Ello es así porque el Derecho penal muestra una definición funcional que lo restringe a la respuesta derivada de la culpabilidad: si en Derecho civil o en Derecho electoral la personalidad, como es obvio, es relativa —corresponde el derecho de propiedad a quien no puede enajenar, por ejemplo—, en Derecho penal, al establecerse con la pena un mecanismo para contradecir afirmaciones relevantes (pronunciadas por los autores culpables, por aque-

defendido, y no tanto con la última posición de JAKOBS en este ámbito de la peligrosidad individual del «enemigo»: como es sabido, los más recientes avances en las ciencias neurológicas parecen indicar que la vivencia subjetiva de «libertad» en la toma de decisiones no pasa de ser eso, una «vivencia», en el sentido de que sería una reconstrucción mental de un proceso que no comienza en la decisión, sino, con carácter previo, en un estrato no consciente de la mente (expresado en la conocida frase: «no hacemos lo que queremos, sino queremos lo que hacemos»). Para JAKOBS (ZStW 117 [2005], págs. 247 y ss., págs. 259 y ss.), sin embargo, que esto sea así desde el punto de vista físico carece por completo de relevancia, ya que con independencia de la ausencia de «libertad» neurológico-fáctica, el establecimiento de responsabilidad (ciego a determinados elementos empíricos de «ausencia de libertad») sigue la lógica de la imputación a un sujeto definido como competente: «...existe correspondencia entre autonomía y responsabilidad, no entre libre albedrío y responsabilidad» (ZStW 117 [2005], pág. 266).

Los que tienen voz en este ámbito), todos los sujetos que intervienen como sujetos relevantes (como penados) han de ser culpables: los que no lo sean, son expulsados del trato jurídico-penal ordinario (merecen medidas civiles o medidas de seguridad), y los que lo son, sólo pueden aparecer como culpables. En este sentido, incluso podría decirse que en un Derecho penal concebido como reafirmación de la vigencia de la norma, es decir, dirigido estructuralmente a sujetos responsables, no sólo es siempre un Derecho penal del ciudadano, sino que es incluso el Derecho del ciudadano por antonomasia, ya que reconoce del modo más intenso que el ordenamiento conoce la autonomía de organización propia de un ciudadano, anudando el dolor penal a los actos por él previstos. Dicho desde la perspectiva del Derecho en su conjunto: claro que para su efectividad, para su vigencia real, es necesario cierto «apoyo cognitivo» – de lo contrario, no sería más que un orden posible, un sistema normativo postulado, no un Derecho real. Pero ésta es una condición previa, extrasistémica y global (un pre-supuesto) –referida a la vigencia del ordenamiento en su conjunto– del ordenamiento jurídico (penal), no un análisis individual interno de ese ordenamiento, a determinar autor por autor.

En particular, desde la perspectiva de un entendimiento de la pena y del Derecho penal con base en la prevención general positiva, la reac-

ción que reconoce excepcionalidad a la infracción del «enemigo» mediante un cambio de paradigma de principios y reglas de responsabilidad penal es disfuncional de acuerdo con el concepto de Derecho penal. Dicho de otro modo: la tajante separación de fines y significados, entre función preventivo-inocuidadora y comunicación social, alcanza aquí el punto álgido que conduce a dar el paso de la separación funcional de los ámbitos de regulación. En este sentido, cabe afirmar que el «Derecho penal» del enemigo jurídico-positivo cumple una función distinta del Derecho penal (del ciudadano): se trata de cosas distintas. Dicho en términos de la evolución de JAKOBS, la consecuencia de aquella separación conduce a que, en puridad, aquí se abandone la teoría de la pena para entrar en la teoría de la guerra. Este diagnóstico, de hecho, es perfectamente compatible con la posición personal de JAKOBS en cuanto a la naturaleza jurídica del «Derecho penal» del enemigo: aunque no se encuentre una afirmación unívoca en algunos de sus escritos en este sentido, es posible inferir de varias de sus líneas de argumentación que lo considera materialmente un Derecho *de excepción*, no Derecho penal ordinario. En este sentido, el «Derecho penal» del enemigo descrito por JAKOBS tampoco casa con su actual definición de los criterios de evaluación de la gravedad social de un hecho a efectos de deter-

minar la medida de la pena⁹². La función expresiva de la pena en el «Derecho penal» del enemigo es incluso opuesta a la postulada por JAKOBS con carácter general: aquí, la norma prácticamente reconoce (o construye), al optar por una reacción estructuralmente diversa, excepcional, la diversidad del infractor; mediante la demonización de los grupos de autores afectados que se encuentra implícita en su regulación —una forma exacerbada de reproche— da especial resonancia a sus hechos. Por ello, en cierto modo, mientras el discurso legitimatorio del Derecho penal positivo en la discusión político-criminal parece afirmar que es algo «menos» que el Derecho penal de la culpabilidad (la reacción imprescindible frente a un riesgo gravísimo; una reacción frente a un peligro examinado de modo neutro), en realidad es algo «más» (la construcción de una categoría de representantes humanos del mal; algo más grave que ser «simplemente» culpable). Mediante la demonización de los grupos de autores, es decir, a través de la exclusión⁹³ del círculo de mortales «normales»

⁹² Vid. JAKOBS, Staatliche Strafe (nota 45), pág. 32; cfr., por otro lado, ahora expresamente idem, «Terroristen als Personen» (nota 60), III., texto posterior a la nota 25.

⁹³ El concepto *inclusión/exclusión* adquiere, según parece, cada vez mayor relevancia teórica para las ciencias sociales: «¿Se está convirtiendo el binomio inclusión/exclusión en el metacódigo del siglo XXI, que mediatiza todos los demás códigos, socavando, sin embargo, simultáneamente la propia diferenciación funcional, y dominando con el potencial explosivo de la exclusión de grupos de población enteros otros

que está implícita en estas modalidades de tipificación —una forma exacerbada de reproche—, da incluso mayor resonancia a sus hechos. Ello sólo puede comprenderse si se asume que tal orientación del ordenamiento jurídico-penal va dirigida, en su significado, al conjunto de los grupos sociales que no se encuentran entre los próximos a los autores. En consecuencia, el Derecho penal del enemigo encierra como función latente la *creación (artificial) de criterios de identidad entre los excluyentes mediante la exclusión*.

Es ésta una función cuya incompatibilidad con la teoría de la prevención general positiva no necesita subrayarse de modo especial si se recuerdan las líneas maestras de las dos fases evolutivas anteriores en el desarrollo de nuestro autor. Dicho en las palabras del propio JAKOBS, escritas en otro momento de la evolución de su teoría de la pena: «La pena no lucha contra un enemigo; tampoco sirve al establecimiento de un orden

problemas socio-políticos?» (así TEUBNER, en: CANCIO MELIÁ [ed.], AFDUAM 9 [2005], *Globalización y Derecho*, pág. 200); cfr. sobre la cuestión, desde la perspectiva de la teoría social de sistemas, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 2ª ed., 1997, págs. 582 y ss., formulando la tesis de que la diferenciación moderna entre inclusión y exclusión es estructuralmente más profunda que la diferenciación en clases sociales (págs. 582 y s. con nota 64); desde la perspectiva de la criminología, cfr. YOUNG, *La sociedad «excluyente»*, *passim* (subrayando la especial importancia que corresponde a la cuestión criminal en los mecanismos sociales de exclusión: «...la imputación de criminalidad sobre el otro desviado es parte necesaria de la exclusión» [pág. 178]), y la presentación de BERGALLI, *ibidem*.

deseable, sino sólo al mantenimiento de la realidad social»⁹⁴.

Para decidir si se trata de confirmar normas o prevenir riesgos, en todo caso, no puede romperse la *black box* que supone la persona-ciudadano en Derecho para comprobar qué hay dentro, si un verdadero ciudadano o un lobo disfrazado de tal. El Derecho penal sólo puede conocer ciudadanos.

⁹⁴ JAKOBS, PJ 47 (1997), pág. 163.

LA PENA ESTATAL: SIGNIFICADO Y
FINALIDAD*

Günther Jakobs

* Título alemán: Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 390, Paderborn, 2004. Traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ (Universidad Autónoma de Madrid).

LA PENA ORIENTADA A LA OBTENCIÓN DE FINES EN LA FILOSOFÍA DE LA ILUSTRACIÓN

En su obra principal «De Jure Belli ac Pacis»¹, HUGO GROCIO invoca para el tratamiento de la legitimación de la pena estatal a SÉNECA y, además, como éste, a PLATÓN, quien a su vez hace decir a PROTÁGORAS en el diálogo que lleva su nombre: «Nadie castiga a los que actúan injustamente sólo porque... han cometido un injusto, a no ser que se trate de quien, como una bestia feroz, pretende vengarse irracionalmente. El que en sentido contrario castiga de forma racional castiga, no por lo injusto ya cometido, porque ya no es posible que lo que ya ha sucedido deje de suceder, sino por las faltas que puedan sobrevenir,

¹ GROCIO, *De Jure Belli ac Pacis Libri tres, in quibus Jus Naturae et Gentium item Iuris Publici praecipua explicantur* (1625, 5ª ed., 1646), curavit B. J. A. de Kanter - van Hettinga Tromp, Lugduni Batavorum MCMXXXIX, II, XX, IV, 1.

para que no reincida el propio autor ni los otros que observan como es castigado»². Se trata verdaderamente de un axioma de gran alcance: aunque no sea cierto que los animales se venguen, lo que se quiere decir es que no se debe castigar de forma pasional, sino de forma reflexiva, bien sea para la mejora o aseguramiento del autor —en una línea preventivo-especial— o para la mejora o aseguramiento de «los otros» —en una línea preventivo-general—. La continuación de esta idea por parte de SÉNECA reza: «Como dice PLATÓN, ningún hombre inteligente castiga porque se ha cometido una infracción (*quia peccatum est*), sino para que no se vuelva a cometer (*ne peccetur*); no se puede eliminar lo que ha sucedido en el pasado; se evita lo que pueda suceder en el futuro»³.

En el marco de la ciencia del Derecho penal no existe ninguna otra invocación de argumentos de autoridad que haya tenido mayor éxito didáctico que esta cita de GROCIO; hasta hoy en

² PLATÓN, Protagoras, en: *Sämtliche Werke* (Berliner Ausgabe), 8ª ed., tomo 1, 1982, págs. 55 y ss., 76 (324 a, b); vid. también *Die Gesetze* (Las Leyes), en: tomo 3, págs. 215 y ss., 508, 617 (854 d, 934 a, b); posteriormente Gorgias, en: Tomo 1, págs. 301 y ss. (428 a hasta e): la pena como medicina.

³ SÉNECA, *De Ira*, en: ROSENBAACH (ed., trad.) SÉNECA, *Philosophische Schriften. Lateinisch und deutsch*, Primer Tomo, Diálogos I – VI, 1980, págs. 95 y ss., 140/1 (I, XIX, 7). El texto en latín es el siguiente: «...nam ut Plato ait: "nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur; reuocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur"». Vid. ulteriormente pág. 130/1 (I, XVI) y pág. 206/7 (II, XXXI, 8).

día todos los estudiantes de Derecho en el primer semestre estudian la clasificación de las teorías de la pena⁴ en teorías absolutas que retribu-

⁴ Sobre la historia de las teorías de la pena de forma detallada para los siglos XVI a XIX NAGLER, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, 1918; con una atención especial al idealismo alemán y a la primera mitad del siglo XIX SCHILD, voz: «Strafe III», en: Ritter (ed.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, tomo 10, 1998; sobre HEGEL KLESCZEWSKI, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft. Eine systematische Analyse des Verbrechens- und des Strafbegriffs in Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1991; sobre los hegelianos RAMB, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer. Eine rechtsphilosophische Untersuchung zu den Straftheorien von Julius Abegg, Christian Reinhold Köstlin, Albert Friedrich Berner und Hugo Hälschner*, Tesis, Rostock, 2003 (en prensa); sobre Durkheim GEPHART, *Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims*, 1990; para la época entre 1875 hasta 1925, con la denominada lucha de escuelas en el centro, una discusión entre representantes de una orientación preventivo-especial y de una orientación absoluta (*v. Liszt versus Binding*) FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion*, 1987; para la época entre 1950 y 1980 U. NEUMANN, SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980; para el presente LAMPE, *Strafphilosophie. Studien zur Strafgerechtigkeit*, 1999; recientemente también sobre la presencia de Hegel, PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe* (en prensa), con exhaustivas referencias, también sobre el estado actual de la discusión; sobre la discusión neo-clásica en los EE.UU. en la segunda mitad del siglo XX H. KAISER, *Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe*, 1999, págs. 134 y ss.; una compilación de textos de los siglos XVII al XX VORMBAUM (ed.), *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, dos tomos, 1993; resúmenes en los manuales: JAKOBS, *Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991 (= *Derecho Penal. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995), 1/1 y ss.; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5ª ed., 1996, págs. y 60 ss. (= trad. de la

yen *—punitur, quia peccatum est—* y teorías relativas orientadas preventivamente *—punitur, ne peccetur—*. Sin embargo, más importante que este éxito didáctico es el hecho de que GROCIO consiguió que la parte de los programas penales que él había realizado, es decir, la prevención, quedara establecida de forma duradera o, lo que es lo mismo, durante toda la época de la Ilustración. Ahora bien, GROCIO comienza su argumentación no con una exposición sobre la utilidad de la pena sino sobre su justicia: «La naturaleza» permite imponer un mal a aquél que ha cometido un mal⁵; sin embargo, y esta es la cuestión esencial para GROCIO, sólo lo permite, por lo que se necesita todavía un fin legitimador para postergar la armonía fraternal de todos los seres humanos (un reflejo de la idea de la condición de criaturas de Dios de los seres humanos propia del iusnaturalismo ilustrado) y tratar a otro con males⁶. La venganza, en general cuando se trata de castigar por el gusto de castigar, no es tenida en cuenta por GROCIO como uno de los fines legitimadores debido a que se opone a la naturaleza del ser humano deleitarse con el dolor ajeno⁷.

3ª edición de Mir Puig y Muñoz Conde, Tratado de derecho penal: parte general, Barcelona, 1981 y trad. de la 4ª ed. de Manzanares Samaniego, Tratado de Derecho penal: parte general, Granada, 1993); ROXIN, Strafrecht. AT, tomo 1, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3ª ed., 1997, 3/1 y ss. (= Derecho penal, Parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, 1997).

⁵ GROCIO (nota 1) II, XX, I, 2.

⁶ (Nota 1) II, XX, IV, 1 y 2.

⁷ (Nota 1) II, XX, V, 3 y II, XX, X, 2.

Por el contrario, GROCIO sólo considera válidos, especialmente en referencia a la utilidad general, los siguientes elementos: 1) mejora del autor y cuando ésta sea imposible, 2) aseguramiento, llegando en caso de necesidad a la ejecución, así como, 3) un ejemplo para que otros no se vean inducidos al delito movidos por la opinión de que ese tipo de hechos quedan sin sanción⁸. Es suficiente, sin embargo, que se persiga con la pena sólo uno de esos fines⁹.

La prohibición de penas sin utilidad es para GROCIO parte de un orden normativo con validez previa al orden estatal que, en su opinión, es racionalmente cognoscible como «*dictatum rectae rationis*»¹⁰ y que se basa en el presupuesto fundamental de que los seres humanos no persiguen exclusivamente su propio beneficio¹¹, sino que les es propio el instinto de sociabilidad, un «*appetitus societatis*»¹². HOBBS arranca del punto de partida exactamente opuesto: en lugar de un orden normativo, de partida no existe para él más que un caos de valoraciones individuales¹³, y en

⁸ (Nota 1) II, XX, IX, 1.

⁹ (Nota 1) II, XX, XIII, 1 y 2.

¹⁰ (Nota 1) I, I, X, 1.

¹¹ (Nota 1) Prolegomena 5.

¹² (Nota 1) Prolegomena 6.

¹³ HOBBS, *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil*, 1651, citado según FETSCHER (ed.), *Thomas Hobbes. Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, 1984, págs. 39 y ss. (Capítulo 6).

lugar de una inclinación social aparecen la «competencia», la «desconfianza» y la «ambición» como origen de un «*bellum omnium contra omnes*»¹⁴. A pesar de este diferente punto de partida, en lo que respecta al uso de la pena HOBBS llega a conclusiones que son bastante similares a las de GROCIO. Si bien HOBBS no reconoce en el estado previo al Estado normas en sentido estricto, sí reglas de prudencia que denomina «*leges naturales*»¹⁵. Se trata de reglas útiles para la supervivencia y para salir adelante de forma cómoda; son circunstancias ineludibles que se derivan necesariamente de la estrecha convivencia entre individuos que compiten, de modo que lo inteligente es tenerlas en cuenta y el descuido de dichas reglas (aunque no suponga injusto, ya que para HOBBS no puede existir injusto alguno fuera del ámbito de las leyes estatales) es poco inteligente y conduce a la larga al fracaso del individuo¹⁶. Entre dichas reglas de prudencia, que, aunque no resuelven la cuestión de la ausencia de normas en el estado hobbesiano de la naturaleza, atenúan claramente sus consecuencias, sustituyendo en cuanto red de orientación *cognitiva* la ausencia de una regulación *normativa*, contempla HOBBS la regla de que se deben omitir las penas inútiles: «En la venganza —la retribución de un mal mediante otro mal— no se

¹⁴ (Nota 13) págs. 94 y ss., 95. (Capítulo 13).

¹⁵ (Nota 13) págs. 99 y ss. (Capítulo 14).

¹⁶ (Nota 13) págs. 110 y ss. (Capítulo 15).

debe observar la magnitud del mal ocasionado sino la utilidad de cara al futuro. De aquí se deriva la prohibición de castigar con otra intención que no sea la mejora del autor o la dirección de otras personas». HOBBS fundamenta esta idea en que si se consigue seguridad para el futuro queda asegurada la paz, no pudiendo obtener el individuo mejor resultado para su autoconservación. Más aún, la venganza que se ejerce porque sí, sin ninguna otra finalidad, da lugar a la guerra y acaba empeorando, en su opinión, las oportunidades del individuo¹⁷.

En el manual de filosofía del Estado con mayor difusión en la época de la Ilustración, en *De Officio Hominis ac Civis iuxta Legem Naturalem* de Pufendorf, se encuentran fragmentos deudores tanto de las ideas de GROCIO como de HOBBS. De este último recoge PUFENDORF la imagen pesimista de los seres humanos —egoísmo, codicia, ambición, sed de venganza, heterogeneidad de inclinaciones y deseos¹⁸— y deduce de ella la necesidad de conseguir normas que impongan el orden por medio del temor a la pena. La pena «tiene que... ser de tal naturaleza que la infracción de la ley acarree, de modo visible para to-

¹⁷ (Nota 13) pág. 117 (Capítulo 15, séptima ley natural).

¹⁸ PUFENDORF, *De Officio Hominis et Civis juxta Legem Naturalem* Libri duo, 1673, citado según LUIG (ed., trad.), Samuel Pufendorf. *Über die Pflicht des Menschen und Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, 1994, 1.3.2; 1.3.4; 2.5.6; en 1.3.3 de forma ampliada sobre la «imbecillitas» humana.

dos, un mal mayor que su seguimiento»¹⁹. También PUFENDORF, como ya había hecho GROCIO, considera justa la pena retributiva; pues el que ha infligido un mal debe sufrir un mal. Pero tampoco para él la justicia resulta un fundamento suficiente de la pena: se debe buscar la utilidad y, de nuevo, la satisfacción de la venganza resulta inaceptable como utilidad²⁰. Como tal sólo cabe tener en cuenta «la protección de cosas y personas frente a daños». «Este fin se consigue si el delincuente es mejorado o si otros que siguen su ejemplo no quieren volver a comportarse antijurídicamente. El fin también se consigue, sin embargo, si el autor es sometido a medidas coactivas que le impidan volver a producir daño alguno»²¹, lo que, por tanto, se consigue especialmente mediante la ejecución.

Con una breve consideración de CHR. WOLFF —quien, como GROCIO, es un representante del iusnaturalismo racionalista²²— se intentará aclarar el panorama, sin que sea posible llevar a cabo en este lugar una exposición exhaustiva. De acuerdo con su teoría es comprensible a toda

¹⁹ (Nota 18) 2.7.3.

²⁰ (Nota 18) 2.13.6.

²¹ (Nota 18) 2.13.7.

²² WELZEL diferencia entre una rama «ideal» (racionalista) y otra rama «existencial» (voluntarista) del derecho natural; *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., 1962, pág. 11 y *passim* (= Derecho natural y justicia material. Preliminares para una filosofía del derecho, Madrid, 1957).

persona racional que todo el mundo debe contribuir al fomento de «lo común»²³, y en la medida en que una persona no se comporte de acuerdo a lo que puede comprender debe ser castigada, tanto para su mejora como (en exclusiva en el caso de la pena de muerte) «para dar ejemplo a otros»²⁴. Cuando WOLFF argumenta que «la magnitud de la pena» debe orientarse de acuerdo con la «magnitud de la ofensa y del daño»²⁵ o la «magnitud de la maldad del delincuente»²⁶ se hace evidente a través de sus ejemplos que no está pensando en el Talión sino en una magnitud idónea de cara a la prevención²⁷: no debe reaparecer ni extenderse la motivación delictiva. Sin embargo, tampoco se exige una motivación moralmente virtuosa; incluso el que se mantiene alejado del delito nada más que por temor a la pena, permanece dentro de la «disciplina exterior», cumpliendo así con su «obligación civil»²⁸ y conserva los derechos de una persona. Sin embargo, el delincuente, según WOLFF, pierde di-

²³ WOLFF, *Vernünfftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen. Zur Beförderung der Glückseligkeit des menschlichen Geschlechtes den Liebhabern der Wahrheit mitgetheilet*, 4ª ed., 1736, en: *École y otros* (ed.), *Christian Wolff. Gesammelte Werke, Primera Parte. Deutsche Schriften*, tomo 5, edición de W. ARNDT, 1975, §§ 1 y ss.

²⁴ (Nota 23) §§ 346, 349 y s.

²⁵ (Nota 23) § 343.

²⁶ (Nota 23) § 348.

²⁷ (Nota 23) § 344.

²⁸ (Nota 23) § 355 y s.

chos derechos y puede ser maltratado en beneficio de otros. Para los delitos merecedores de muerte esto significa que «un ser humano que, llevado por la inclinación de sus sentidos y pasiones, ha cometido vilezas y fechorías y ha dejado totalmente de lado la razón que le vincula al bien...debe ser tratado igual que un perro rabioso que no puede servir más que para matarlo»²⁹. Séneca había visto esta cuestión de forma no muy distinta y se dirigía en estos términos al delincuente absolutamente incorregible: «Ya que tú has frecuentado el martirio propio y ajeno te vamos a conceder... el único bien que te queda: la muerte»³⁰ (aunque, téngase en cuenta, *ne peccetur*³¹).

La contribución específicamente iusnaturalista de estas teorías de cara al concepto de pena resulta escasa. En el caso de HOBBS en el estado de naturaleza no es el Derecho el que ofrece el fundamento y los límites de la pena sino la prudencia la que aconseja la prevención, mientras que ya en el Estado de HOBBS *per definitionem* todo es justo. GROCIO, PUFENDORF o WOLFF entienden por su parte que es justo imponer un mal a aquel que ha infligido un mal a otros, pero con ello, aunque se asuma dicha máxima como plausible, no se ha ganado nada con respecto al tipo

²⁹ (Nota 23) § 351.

³⁰ SÉNECA, (nota 3) pág. 130/1 (I, XVI, 3).

³¹ Como en nota 3.

ya la medida de la pena. La forma en la que se ha de castigar tiene que ser determinada desde una perspectiva externa al Derecho, por ejemplo, mediante suposiciones psicológicas, especialmente sociopsicológicas. De acuerdo con esta idea, leemos en WOLFF que «si los ladrones pierden el miedo a la horca, no sería injusto (!) imponerles el suplicio de la rueda»³². No se trata de reflexiones sobre el tema normativo de qué se merece una persona que ha delinquido, sino sobre el tema cognitivo de cómo se puede conseguir un temor suficiente mediante la pena. La cuestión decisiva en palabras de PUFENDORF es la siguiente: ¿qué es «suficiente para reprimir los instintos que arrastran a los seres humanos a realizar hechos amenazados con pena»³³? En otras palabras, sólo el uso de la pena inteligente, que reporta utilidad, resulta el uso jurídicamente correcto. El Derecho natural no aporta más respecto de la cuantía de la pena, y también es poco lo que aporta a su concepto; pues incluso la indudable gran aportación de las teorías esbozadas, que consiste en desvincular la pena de las emociones, la sed de venganza y la ira, se encuentra en todo caso escasamente fundamentada desde una perspectiva jurídica. Así, por ejemplo, ya se ha aludido a la afirmación de GROCIO de que alegrarse del dolor ajeno contradice la natu-

³² WOLFF (nota 23), § 344.

³³ PUFENDORF (nota 18), 2.13.17.

raleza humana —aunque en realidad no se trata de un argumento poderoso—³⁴. Tienen un mayor peso los argumentos puramente cognitivos, en especial la convicción de HOBBS de que la persecución de los deseos de venganza no contribuye a la paz³⁵.

También el gran paladín de una mitigación de las penas de las que se hacía uso en su tiempo, BECCARIA, argumenta en el ámbito de lo cognitivo: «Para que la pena consiga su efecto es suficiente con que consista en un mal que prime sobre el provecho que reporta el delito; para calcular dicho mal debe tomarse en consideración la certeza de la pena y la pérdida del beneficio que pueda reportar el delito. Lo que exceda de ello es en consecuencia inútil y por tanto despótico»³⁶. BECCARIA intenta, por tanto, corregir el punto de partida y las conclusiones de las reflexiones ilustradas pero dejando intacto el método empleado.

En resumen y formulándolo de forma un poco informal: la filosofía penal de la Ilustración es

³⁴ GROCIO, *supra* nota 7.

³⁵ HOBBS, *supra* nota 17.

³⁶ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, citado según ALFF (ed., trad.), Cesare Beccaria. *Über Verbrechen und Strafen*, 1966, pág. 108. También los argumentos de BECCARIA en contra de la pena de muerte se agotan en ponderaciones de utilidad y en el contenido —ajeno a una relación con fines preilustrado— del contrato social «el ser humano... no es dueño... de matarse a sí mismo», pág. 110.

una teoría que le falta un hervor normativo: sus teorías de la pena son derivados de reglas de prudencia; se ocupan de la naturaleza como hecho, pero no del Derecho como idea.

II. LA PENA RETRIBUTIVA EN KANT

La idea de un desacoplamiento entre juridicidad y prudencia (entendida ésta como persecución racional de utilidad) da lugar a dos cuestiones. La primera, ¿existe una pena aconsejada por la prudencia que no pueda ser impuesta por razones jurídicas? y la segunda, ¿existe una pena obligada jurídicamente que no sea prudente? KANT responde afirmativamente ambas preguntas. Con respecto a la primera: KANT entiende que es ilegítimo perseguir una utilidad con la pena sin que previamente quede *jurídicamente* establecido cuál es la pena que el delincuente se merece. Éste tiene más bien que «ser de antemano encontrado digno de castigo antes de que se piense si de dicha pena se deduce utilidad alguna para él o sus conciudadanos»³⁷. O «en

³⁷ KANT, Die Metaphysik der Sitten (La metafísica de las costumbres) in zwey Theilen, 2ª ed., 1798, en: WEISCHEDEL (ed.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, 1960 (reimpresión 1963), tomo 4, págs. 303 y ss., 453.

toda pena, como tal, tiene que estar presente ante todo la justicia, siendo ésta la que integra la esencia del concepto»³⁸. En lo que respecta a la segunda cuestión: una vez que se ha encontrado al delincuente digno de castigo, según KANT debe ser castigado sin tomar en consideración ponderaciones de prudencia, en todo caso como principio; pues la «ley penal es un imperativo categórico»³⁹.

Como fundamento común de ambas respuestas KANT precisa que, aunque al delincuente se le podría imponer la pérdida de su personalidad *civil*, su personalidad *innata* se mantiene siempre y le protege de «ser manipulado como medio para las intenciones de otro y ser confundido entre los objetos del Derecho de cosas»⁴⁰. Según KANT, nos encontramos ante tal confusión de persona y cosa tanto si el delincuente es castigado sin Derecho como si es castigado de forma más dura a lo que le corresponde de acuerdo al Derecho —esto es evidente—, pero también si una pena justa no se ejecuta por ponderaciones de prudencia; por ejemplo, porque el delincuente condenado a muerte se ofrece para un experimento médico⁴¹ o porque el delincuente, en un ejemplo utilizado por PUFENDORF, aunque con in-

³⁸ KANT, *Kritik der praktischen Vernunft* (Crítica de la razón práctica), 1788, en: como en nota 37, págs. 103 y ss., 150.

³⁹ Como en nota 37.

⁴⁰ Como en nota 37.

⁴¹ Como en nota 37.

tención opuesta⁴², solicita un indulto debido a que posee «una habilidad poco común»⁴³.

Enseguida surgieron objeciones contra la recientemente mencionada concepción de la ley penal como imperativo categórico y el ejemplo de la isla⁴⁴ aducido por KANT para clarificarla ha venido siendo controvertidamente discutido hasta la actualidad. El ejemplo consiste en que un pueblo que vive en una isla decide «por unanimidad de todos sus miembros» disolver la «sociedad civil»; según KANT en este caso todavía tiene que «ser previamente ejecutado el asesino que se encuentre en prisión para que todo el mundo experimente el valor de sus hechos» y no se produzca una «lesión de la justicia»⁴⁵.

La teoría que se deduce del ejemplo de la isla es prácticamente trivial. KANT parte aquí, como siempre le sucede con el delito, de la infracción de una norma de validez *universal*, en concreto, de la prohibición del homicidio arbitrario; ulteriormente supone, como muestra la expresión «lesión de la justicia», que la pena no puede ser

⁴² PUFENDORF (nota 18), 2.13.15.

⁴³ La razón no es (sólo) la pena de muerte pendiente —el autor gana derechos si se puede rescatar a sí mismo—, sino que el juzgador declara la liberación de la pena como una mercancía.

⁴⁴ KANT (nota 37), pág. 455. Sobre el ejemplo de la isla ZACZYK, *Staat und Strafe - Bemerkungen zum sogenannten «Inselbeispiel»* in Kants *Metaphysik der Sitten*, en: LANDWEHR (ed.), *Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit*, 1999, págs. 73 y ss.

⁴⁵ (Nota 37), pág. 455.

sustituída. En esa situación lo que viene a decir la teoría del ejemplo de la isla es que una sociedad civil no debe disolverse antes de haber terminado sus deberes. Para aclarar la exposición supongamos que en lugar de retribución se trata del aseguramiento de individuos peligrosos y dicho aseguramiento queda definido de modo concluyente como reacción jurídicamente necesaria frente al delito: en caso de que dicho aseguramiento sólo pudiera ser realizado por una determinada sociedad civil también debería ésta llevar a cabo esta tarea antes de su disolución. El problema no consiste, pues, en si una sociedad civil puede lícitamente disolverse antes de haber cumplido con sus deberes —ello no podría suceder con independencia de que se trate de un deber de retribuir o de castigar preventivamente en la medida que se trate de normas de validez universal y de reacciones al delito que carecen de alternativas— sino en si la retribución *per se* fundamenta un deber de castigar y no sólo otorga una autorización para el castigo.

En KANT la sociedad civil integra para seres libres y racionales el marco adecuado para la convivencia (y la libertad como «independencia de la arbitrariedad impuesta por otro» es para KANT el único «derecho natural»⁴⁶); pues sólo en la sociedad civil queda garantizada la libertad, como muestra KANT en el ejemplo de la faceta de

⁴⁶ (Nota 37), pág. 345.

la libertad «posesión inteligible» (dicho de forma más sencilla: la propiedad) un ejemplo que se puede trasladar fácilmente a otras facetas de la libertad, es decir, a todos los derechos. Para evitar una recaída desde una posición jurídica a una posición de poder cuando hay una disputa sobre «lo mío» y «lo tuyo», cualquiera tiene derecho a obligar a cualquier otro a «someterse a una Constitución civil»⁴⁷. En ese momento aún no se habla de la pena, sino exclusivamente del fin (¡!) del aseguramiento de la libertad en forma de juridicidad, y ello a través de la garantía de una resolución judicial que se hará respetar mediante el uso de la violencia en caso de necesidad.

Si pasáramos directamente de dicha posición al Derecho penal nos encontraríamos con una pena preventiva, dirigida, precisamente, al aseguramiento de derechos. Sin embargo, en ese caso la persona que debe sufrir la pena se vería degradada a ser tratada como una fuente de peligros que debe ser asegurada; en palabras de KANT, «confundido entre los objetos del Derecho de cosas»⁴⁸. Por esa razón KANT no da comienzo a su discurso sobre el Derecho penal hablando de la tarea de la sociedad civil, sino de la «idea de nuestra razón práctica» de que «el merecimiento de pena» va asociado a la infracción de

⁴⁷. (Nota 37), pág. 366.

⁴⁸ Como en nota 37.

la ley⁴⁹; en otras palabras, la vinculación del injusto con la pena debe deducirse «de los principios de una legislación moral» de acuerdo con la cual «todo delito... es en sí mismo punible, esto es, provoca la pérdida (al menos parcialmente) de la felicidad»⁵⁰. El fundamento de esta idea es la idea general de la razón pura, desarrollada ya en la *Crítica de la razón pura*, de que tanto el merecimiento de felicidad y la felicidad como el merecimiento de la desdicha y la falta de felicidad se corresponden necesariamente⁵¹. Si se acepta esta conexión queda efectivamente justificada la secuencia de delito e imposición de un mal como algo justo; sin embargo, no queda con ella también justificado el tratamiento de esta cuestión como deber de la sociedad civil; pues para asumir como válido un deber de esas características tendría que quedar caracterizada la sociedad civil como una ejecutora de la «idea de nuestra razón práctica», lo que sería una contradicción en sí misma, porque en la idea se trata de la necesaria asunción de un «orden de las cosas» establecido, es decir, que se mantiene y se lleva

⁴⁹ (Nota 38), pág. 150. HÖFFE duda de que esto también represente el comienzo de una teoría del Derecho; en: *idem* (ed.), Immanuel Kant. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1999, págs. 213 y ss., 220 y s. Sin embargo, los conceptos «merecimiento de pena» y especialmente «delito» (respecto a ello nota 50) hablan a favor de la conexión con una teoría jurídica.

⁵⁰ Como en nota 49.

⁵¹ KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, 2ª ed., 1787, en: como en nota 37, tomo 2, págs. 676 y ss., 680 y 683.

acabo por sí mismo y que no está pendiente de construcción⁵².

Por lo tanto, la argumentación de KANT sobre la ley penal como imperativo categórico no es suficientemente sólida; se podría entender como admisible una renuncia a la pena o a una parte de la pena siempre que dicha renuncia no conlleve la lesión de los derechos de otros, en especial cuando no conlleve tampoco lesión alguna del principio de igualdad ni peligro para la estabilidad del ordenamiento jurídico. En este sentido se podría perdonar al delincuente juvenil o al delincuente que delinque por primera vez parte de su culpabilidad, quedándose la respuesta en una medida educativa (en el caso del menor) o en una suspensión condicionada de la pena (en el caso del autor primario). El propio KANT era probablemente ajeno a un rigorismo simplista; pues se encuentra en su obra la idea de que si la pena se evidencia como «justa», su medida *legal* debe ser determinada —en el marco de lo que todavía se pueda entender como Talla⁵³— «de forma prudente y con indulgencia»⁵⁴.

⁵² KANT (nota 51), pg. 683.

⁵³ *Metaphysik der Sitten* VIGILANTIUS en: Kants Vorlesungen, edición de la Academia de ciencias de Gotinga, tomo IV, *Vorlesungen über Moralphilosophie*, 2ª mitad, primera parte, 1975, págs. 475 y ss., 555 (núm. marginal 332).

⁵⁴ KANT según VIGILANTIUS (nota 53), pág. 553 (núm. marginal 319); todavía más relativista (hipotético) *idem*, Carta a Erhard de 21.12.1792 (!), en: H. E. FISCHER (ed.), *Briefwechsel von Immanuel Kant*, Tomo 2, 1912, págs. 340 y ss., 341.

También en otros lugares relativiza KANT lo categórico del deber de castigar. Si bien es cierto que tal deber debe existir ya que «si la justicia desapareciera... no tendría ningún valor la vida de los hombres en la tierra»⁵⁵, KANT también quiere, siguiendo la línea del pragmático PUFENDORF⁵⁶, reconocerle al «soberano» un supuesto de «*casus necessitatis*» que exceptúe la justicia cuando han participado en el asesinato tal cantidad de ciudadanos que la ejecución de la pena de muerte que todos los participantes merecen conduciría a «exterminar a la población mediante la ejecución de la pena»⁵⁷. Cabe afirmar que este caso, con alguna modificación, no sólo pertenece a la teoría: ¿tendrían que ser ejecutados todos los integrantes de una ciudad que, incurriendo en traición, hayan colaborado con el enemigo? La respuesta es en el caso de PUFENDORF —sin que ello sorprenda— y en el caso de KANT —de forma sorprendente— «no». También KANT coloca por lo tanto aún por encima de la justicia la permanencia del pueblo y con ello del Estado y de la sociedad civil una máxima moderna, pero poco compatible con el sistema kantiano.

Pero si a pesar de ello, en lo que respecta a lo categórico, hubiera que seguir a KANT y el «or-

⁵⁵ KANT (nota 37), pág. 453.

⁵⁶ PUFENDORF (nota 18), 2.13.13 *in fine*.

⁵⁷ KANT (nota 51), pág. 682.

den de las cosas» hubiese de ser construido por la sociedad civil, se llegaría a consecuencias que acabarían llevando *ad absurdum* todo el punto de partida en su conjunto. La idea de una conexión necesaria entre delito y pena no se encuentra aislada, sino que junto a ella y en el mismo rango, es decir como idea de la razón pura, se encuentra la del merecimiento de la felicidad y la felicidad, y también esta conexión podría ser formulada como imperativo categórico: ¡Es un deber categórico que las obras buenas reciban su premio! En primer lugar, se podría pensar con ello en una compensación de las obras buenas con el delito, en la misma línea en la que, por ejemplo, PUFENDORF quería que se actuara con indulgencia «en los casos en los que el autor puede remitirse a los méritos dignos de premios extraordinarios y especiales que ha realizado para el Estado»⁵⁸. La pena, entonces, no sería impuesta como consecuencia de todo delito, sino sólo de aquellos que convirtieran el saldo en negativo. Aunque es cierto que podríamos empeñarnos en mantenernos en una especie de rendición de cuentas individualizada, de tal manera que cada delito podría quedar vinculado con la correspondiente pena, en ese caso también deberían ser contabilizadas las obras beneficiosas de forma individualizada y ello de forma igual de categórica.

Tanto si se lleva a cabo un saldo compensato-

⁵⁸ PUFENDORF (nota 18), 2.13.15.

rio como en caso de balances individualizados —la sociedad civil resulta ser una instancia absolutamente inadecuada para cumplir las tareas que quedarían pendientes debido a que carece de un código sobre las obras dignas de premio. Por ello su contribución necesariamente sería fragmentaria en lo que respecta a la correspondencia tanto entre merecimiento de felicidad y felicidad como entre merecimiento de desdicha y falta de felicidad, es decir, limitada a un aspecto, el delito y de tal modo que queda confuso si por un fragmento se puede juzgar a la totalidad. En esa situación carece de toda plausibilidad la exigencia de proceder categóricamente; más bien parece que no debería imponerse una pena justa que carezca de un motivo útil.

La crítica se puede seguir ampliando de forma sencilla: la *idea* del mundo racional, del «reino de la indulgencia»⁵⁹ y la *praxis* de la pena no se pueden vincular inmediatamente sin más. A pesar de ello sería temerario o, peor todavía, incorrecto entender la posición de KANT sólo como una oposición fallida contra los argumentos utilitaristas de la filosofía de la Ilustración. KANT sustituye el principio cognitivo «¿cómo conducir a los individuos?» por el principio normativo «¿qué se merece una persona?», consiguiendo con ello un concepto de pena en el que el que sufre el castigo queda transformado de un objeto

⁵⁹ KANT (nota 51), pág. 682.

de tratamiento orientado estratégicamente en un sujeto que «no tiene más remedio que confesarse a sí mismo que se le ha tratado correctamente y que su destino es completamente adecuado a su comportamiento»⁶⁰.

Pero, ¿cuál es el destino del delincuente? KANT responde con una especie de imperativo categórico invertida en negativo: «el mal inmerecido que ocasionas a otro ciudadano te lo haces a ti mismo... Sólo el derecho de retribuir con el mismo mal (*ius talionis*)... puede determinar de forma concreta la calidad y cantidad de la pena; cualquier otro... no podría contener una proporción con el juicio de la justicia pura y estricta: a causa de otras consideraciones que se entremezclan»⁶¹. Textualmente ello significa que el que asesina se mata a sí mismo —en ello insiste KANT con energía⁶²—, y al que hurta un anillo de oro se le priva de otro anillo (además del anillo que deba entregarse para hacer frente a la responsabilidad civil). Con esto último, sin embargo, no estaría KANT de acuerdo, y por ello prefiere ofrecer para el hurto la siguiente propuesta revestida jurídicamente: «Quien hurta genera inseguridad para toda propiedad ajena; él se arrebatata por

⁶⁰ KANT (nota 38), pág. 150; también idem (nota 37), pág. 456: «Además, hasta ahora no ha oído nadie que un sujeto condenado a muerte hubiera protestado porque lo que le sucede resulta excesivo, es decir, injusto».

⁶¹ KANT (nota 37), págs. 453 y s.

⁶² (Nota 37), pág. 455.

tanto (de acuerdo con el Derecho de la retribución con el mismo mal) la seguridad de toda posible propiedad; carece de todo y no puede obtener nada, pero quiere seguir viviendo; para ello, entonces, no existe otra posibilidad que ser alimentado por otros. Ya que esto el Estado no lo hará gratuitamente, el delincuente tiene que cederle su fuerza para los trabajos que éste estime conveniente (penas de galeras o de trabajos forzados), incurriendo en una situación de esclavitud que puede ser temporal o, incluso, si se considera conveniente, para siempre»⁶³.

Lo que suena como un intento bastante tosco de justificar penas como la de galeras y de trabajos forzados para ladrones es materialmente un punto de partida que lleva mucho más allá del Tali3n: KANT no enfatiza especialmente en el pasaje citado el da1o que se ocasiona «a otro ciudadano» (con el ejemplo de la p3rdida de un anillo de oro), sino cu1al es el principio *general* que ha lesionado el autor (la inviolabilidad de la propiedad), precipit1ndose 3l mismo como consecuencia de la lesi3n de lo general en la posici3n de un esclavo, y por un espacio de tiempo cuya duraci3n es independiente de los pagos que pueda realizar el autor por el valor de un anillo de oro; pues el mal que el delincuente ha ocasionado «a otro» no es id3ntico a la lesi3n de lo general, al da1o social. As3, por ejemplo, en

⁶³ (Nota 37), p1gs. 454 y s.

tiempos de seguridad general el hurto de un anillo de oro aprovechándose el autor de una temeridad manifiesta de la víctima, da lugar a una lesividad social más bien insignificante con independencia de que se trate de una cosa valiosa para la víctima temeraria, en la medida en la que el hecho, precisamente, sólo parece amenazante para propietarios temerarios. Con carácter general, el daño social no puede ser determinado abstractamente mediante una simple observación del autor y del hecho sino que más bien depende de la fortaleza o la debilidad de la estabilidad de la estructura normativa de la sociedad: una sociedad segura de sí misma⁶⁴ castiga de forma más suave que otra que se encuentra amenazada de disolución, etc. Con ello se echa a perder la plástica simetría del Talió —¡que no es su ventaja menos importante!—; pues no se puede deducir el daño social a partir de la víctima *individual*. De esta manera no es casualidad que KANT necesite tejer varias líneas argumentales enrevesadas para vincular el hurto y la pena de trabajos forzados.

Sin dicha plástica simetría, sin embargo, ya sólo es posible determinar la medida de la pena en relación a los intereses y fines de los miem-

⁶⁴ HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1821, en: Glockner (ed.), Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Sämtliche Werke. Jubiläumsausgabe in 20 Bänden, tomo 7, 3ª ed., 1952, § 218 con comentario.

bros de la sociedad civil⁶⁵; en concreto, un anillo de oro y los trabajos forzados no quedan compensados sin más de acuerdo con la idea de la pena, sino que más bien se debe averiguar en primer lugar cuál es el valor que tienen la propiedad y la libertad teniendo en cuenta las relaciones instrumentales de las personas. Por ello también una pena adecuada a la culpabilidad ajena a fines no sería más que una simple quimera en lo que respecta a su medida: o bien se trata de una pena que esconde una correspondencia con fines —en ese caso tendría una medida, pero en realidad no serviría a la pura compensación de la culpabilidad—, o bien se mantiene ajena a fines y con ello carente de cualquier vínculo con intereses cuantificables, en sentido textual inconmensurable.

⁶⁵ Sin embargo, también habría que pensar en una simetría entre la negación de lo general —del Derecho— por parte del autor y su carencia de Derecho. KANT (nota 37, pág. 452): «Aquella infracción de la ley pública que convierte en incapaz de ser ciudadano del Estado al que la comete se denomina delito». En KANT sin embargo se mantiene siempre la «personalidad innata» (pág. 453). Todavía más radical WOLFF (nota 23, §§ 299 y s.): «ganado», «perro rabioso»; posteriormente Fichte para autores de delitos graves: «una cabeza de ganado» (*Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, en: H. J. FICHTE, ed., *Sämtliche Werke*, 2ª parte, tomo 1, págs. 1 y ss., 278). Pero en ese caso faltaría un fundamento para pasar directamente de las lesiones a la propiedad a la pena de trabajos forzados. Sobre la confusión de KANT entre retribución formal y material vid. OBERER, en: BRANDT (ed.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, 1982, págs. 399 y ss., 414 y ss.; HÖFFE (nota 49), pág. 227.

Todo es de otra manera respecto al moderno concepto funcional de culpabilidad: no sólo le otorga a la retribución de la culpabilidad un fin —si se quedara ahí sería hacer las cosas a medias—, sino que determina ya la culpabilidad de acuerdo con su idoneidad para alcanzar el fin. Con ello la culpabilidad se presenta como la necesidad de estabilizar mediante la pena la vigencia del ordenamiento jurídico, siendo la medida de la pena la necesaria para la estabilización (no para la mejora)⁶⁶.

Para concluir con KANT: en lo que se refiere a la clase y a la medida de la pena como Talión su razonamiento —quizás con la excepción de algunos casos referidos a la pena de muerte— se ha quedado sin influencia, sobre todo después del conocido sarcasmo de HEGEL: «ojo por ojo, diente por diente, al final uno puede representarse al autor tuerto o desdentado»⁶⁷. La misma falta de

⁶⁶ Particularidades en JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976 (= Culpabilidad y prevención, en: *Estudios de Derecho penal*, 1997, págs. 73 y ss.), págs. 8 y ss.; *idem*, *Über die Behandlung von Wollensfehlern und Wissensfehlern*, ZStW 101 (1989) (= Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos en: *Estudios de Derecho penal*, págs. 127 y ss.) págs. 516 y ss. (en sentido contrario Bock, *Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention*, ZStW 103 [1991], págs. 636 y ss.) *idem*, *Das Schuldprinzip*, 1993 (= El principio de culpabilidad, en: *Estudios*, págs. 365 y ss.), págs. 8 y ss., 26 y ss.; *idem* (nota 4), 17/18 y ss., con ulteriores referencias.

⁶⁷ HEGEL (nota 64), § 101, comentario.

influencia ha venido teniendo la pretensión de KANT de que al delito le tiene que seguir la pena de forma categórica, una exigencia que el propio KANT relativiza mediante el reconocimiento de un *casus necessitatis* —al que ya se ha hecho referencia anteriormente—; incluso se podría renunciar a la pena en casos menos dramáticos si existieran equivalentes funcionales a la misma. Sin embargo, el postulado de KANT de que el autor no debe ser confundido entre los objetos del Derecho de cosas sigue siendo una conquista válida hasta la actualidad, que aunque no se pueda entender como absoluta⁶⁸ sí que ha tenido una amplia aceptación. En todo caso se mantiene abierta la cuestión de qué aporta la observación de dicho postulado cuando el propio KANT no excluye penas de trabajos forzados⁶⁹.

⁶⁸ Por ejemplo sobre v. LISZT vid. *infra* notas 164 y s.

⁶⁹ Como en nota 63.

III. LA PREVENCIÓN INTIMIDATORIA EN FEUERBACH

La dificultad de determinar la medida de la pena con el principio «punitur, quia peccatum est», es decir, sin tomar en consideración fines e intereses, es escamoteada por FEUERBACH distinguiendo, por un lado, entre la secuencia de la amenaza penal y del hecho y; por otro lado, la del hecho y la pena; este autor asienta la amenaza penal en el reino de los fines, considerando sin embargo que la imposición efectiva de la pena debe mantenerse en el de la retribución justa ajena a fines.

FEUERBACH se define como kantiano, quedando ello evidenciado en su obra escrita incluso antes de desarrollar su teoría de la pena y de la prevención intimidatoria⁷⁰; cuando él se refiere a

⁷⁰ En especial en: *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, 1796; al

«institución para una seguridad posible»⁸⁰. La constitución de la sociedad civil como sociedad «organizada», es decir, como Estado, debe dotarse de la violencia coactiva que es necesaria para poder imponer los derechos⁸¹. La finalidad del Estado es, por consiguiente, la garantía de los derechos, y ello significa tanto en FEUERBACH como ya en KANT, de la libertad; en palabras de FEUERBACH, «la recíproca libertad de todos los ciudadanos»⁸².

A partir de aquí se termina, sin embargo, el acuerdo con KANT⁸³. FEUERBACH rechaza la vinculación *kantiana* con la idea de una armonía entre merecimiento de felicidad y felicidad como «una idea meramente moral»⁸⁴. «El Estado debe buscar la protección del orden *jurídico* mediante penas; en relación al moral sólo podemos tener esperanza en la fe»⁸⁵; ella «le corresponde sólo a Dios como gobernante moral del mundo»⁸⁶. Sin embargo, el Derecho, como ya se ha mostrado,

höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn, 1797, pág. 39.

⁸⁰ (Nota 70), pág. 25.

⁸¹ (Nota 79), págs. 34 y s., con nota p. 35.

⁸² FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Primera parte, 1799, pág. 39.

⁸³ Sobre esta cuestión NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, págs. 74 y ss., 79, 81 y ss.

⁸⁴ FEUERBACH (nota 82), pág. 26.

⁸⁵ (Nota 82), pág. 34.

⁸⁶ (Nota 82), pág. 30.

se encuentra unido a la facultad de actuar con violencia frente al que quiere deteriorarlo. FEUERBACH habla de un «derecho de defensa»⁸⁷ y la pena (junto a la legítima defensa) tiene que explicarse como una especie de «defensa», en concreto de la siguiente manera: «La finalidad del Estado es la recíproca libertad de todos los ciudadanos o, dicho en otras palabras, el estado en el que cada uno puede ejercitar completamente sus derechos y se encuentra seguro frente a ofensas. Cada ofensa contradice por lo tanto la naturaleza y la finalidad de la asociación de los ciudadanos y a causa de dicho fin es necesario que quede absolutamente *excluida cualquier ofensa dentro del Estado*»⁸⁸. En la medida en la que el Estado, sin embargo, no puede físicamente «encadenar a todos los ciudadanos», tiene que hacer uso de «cadenas» psíquicas eficaces⁸⁹. Ya que no se pueden extirpar totalmente las «inclinaciones incívicas (antijurídicas)»⁹⁰ mediante educación, sigue siendo necesario, para aquellos que mantienen malas intenciones, «*reaccionar contra lo sensual con lo sensual, y neutralizar las inclinaciones con inclinaciones opuestas, los impulsos sensuales a realizar el hecho con otros impulsos sensuales*»⁹¹, y este efecto de la compensación de la

⁸⁷ (Nota 82), pág. 38.

⁸⁸ (Nota 82), pág. 39.

⁸⁹ (Nota 82), pág. 40.

⁹⁰ (Nota 82), pág. 43.

⁹¹ (Nota 82), págs. 44 y s.

mala inclinación mediante un temor mayor se consigue «cuando cada ciudadano sabe con seguridad que a la infracción seguirá un mal mayor a aquél que corresponde a la insatisfacción de la necesidad de realizar la acción»⁹², es decir, si existe una amenaza penal suficientemente elevada y el ciudadano no duda de su próximo cumplimiento en caso de que delinca. Éste es el núcleo de la teoría denominada por el propio FEUERBACH como teoría de la coacción psicológica⁹³.

Tal y como esta teoría se ha expuesto hasta aquí, se ocupa de una pura relación instrumental: la amenaza tiene la finalidad de asegurar los derechos de la persona⁹⁴ y la ejecución de la pena la de hacer creíble la amenaza⁹⁵. Esta relación estratégica no puede, sin embargo, ser suficiente para el kantiano FEUERBACH y por ello busca, en paralelo a la relación instrumental con el ser sensual, una fundamentación jurídica para el ser racional. Encuentra la fundamentación jurídica para la amenaza penal en que el titular de un derecho absoluto, es decir, de una posición jurídica que obliga absolutamente a los otros, no perjudica a nadie si para el caso de la lesión del derecho amenaza a otro con algún tipo de mal; pues con dicha amenaza no impide hacer o dejar

⁹² (Nota 82), págs. 45 y s.

⁹³ FEUERBACH, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11ª ed., 1832, § 14: *in fine*.

⁹⁴ FEUERBACH (nota 79), pág. 221

⁹⁵ (Nota 79), pág. 226.

de hacer a nadie lo que es su derecho⁹⁶: «Tengo el derecho absoluto de exigir a cualquiera que no entre en mi morada; también puedo establecer para la entrada ciertas condiciones sin cuyo cumplimiento ésta no es posible. El Estado tiene en la misma medida perfecto derecho a condicionar las acciones antijurídicas mediante un mal perceptible por los sentidos: y esto es lo que hace realmente cuando persigue una acción con amenazas penales»⁹⁷.

Enseguida sigue al pasaje citado el tratamiento del fundamento jurídico de la ejecución de la pena; sobre esta secuencia de delito y cumplimiento de lo amenazado dice lo siguiente: «lo uno no puede tener lugar sin lo otro. El mal no puede ser impuesto sin el delito, el delito no puede ser cometido sin que el delincuente se exponga a la pena»⁹⁸. A partir de esa vinculación necesaria construye FEUERBACH un consentimiento del delincuente, siendo éste el fundamento jurídico de la imposición de la pena: «Pues el otro tiene derecho a vincular la acción a esa condición; yo tengo consecuentemente que someterme a la condición o bien omitir la acción»⁹⁹.

La argumentación de FEUERBACH no es conclu-

⁹⁶ (Nota 79), págs. 220 y s. (nota 82), pág. 53.

⁹⁷ (Nota 82), pág. 53.

⁹⁸ (Nota 82), págs. 53 y s.

⁹⁹ (Nota 82), pág. 54.

«Sin embargo, esto en segundo lugar, si no es posible jurídicamente amenazar con cualquier arbitrariedad como consecuencia de un delito tampoco es posible hablar de que el autor consiente sin más cualquier amenaza: puede ser descrito como una persona que sabe que tiene que responder de su hecho *de conformidad con principios jurídicos*¹⁰³ y nada más. Con ello también resulta improcedente el fundamento para la ejecución de la amenaza.

FEUERBACH prescindió posteriormente del fundamento que hemos tratado para la ejecución y mencionó como un nuevo fundamento sencillamente la «amenaza previa de la ley»¹⁰⁴.

Ahora bien, cabría conceder a FEUERBACH que tampoco se opondría a una limitación a lo necesario allí donde habla de que el titular determinado de un derecho podría arbitrariamente dictar condiciones¹⁰⁵, pues él deriva tanto la legítima defensa como la pena del derecho de defensa¹⁰⁶. La objeción principal no se refiere, por tanto, a la justificación de la amenaza que lleva a cabo FEUERBACH sino a su inidoneidad para conseguir el fin propuesto, es decir, «que

¹⁰³ Así la construcción de un consentimiento en la pena en GROCIO (nota 1), II, XX, II, 3, al que se remite FEUERBACH (nota 79), págs. 224 y s.

¹⁰⁴ FEUERBACH (nota 93), § 17; ya *idem* (nota 82), pág. 49; *idem*, Ueber die Strafe (nota 100), pág. 22.

¹⁰⁵ FEUERBACH (nota 100), pág. 27.

¹⁰⁶ FEUERBACH (nota 82), pág. 28.

quede absolutamente *excluida cualquier ofensa dentro del Estado*»¹⁰⁷ —dicho sea de paso, un fin cuyo fracaso demuestra cada hecho delictivo que se comete. Según FEUERBACH el fin sólo se consigue si la pena amenazante tiene una entidad superior a la inclinación a cometer el hecho, —de nuevo dicho sea de paso, en ese caso cada hecho demuestra que la amenaza era insuficiente. En todo caso, la entidad de dicha inclinación es completamente independiente del daño que con el delito se produce a la víctima o a la generalidad: quien asesina por una suma de dinero más bien pequeña, como sucede por ejemplo en los conocidos casos de asesinatos de taxistas, se abstendría de realizar el hecho si pronosticara con seguridad que a continuación tendría que pagar el doble de la suma o pasar algunos meses en prisión, pero quien calumnia a otro (por ejemplo un competidor que en ese momento le aventaja) para salvarse de una grave situación de necesidad provocada por él mismo (es decir, no exculpante¹⁰⁸) tiene que ser amenazado con la pérdida segura de toda su existencia para impedirle realizar el hecho, es decir con la muerte o con cadena perpetua. Los marcos penales de todos los delitos tendrían por consiguiente que extenderse desde arrestos de bagatela hasta la pena máxima —una extensión prácticamente sin límites no de-

¹⁰⁷ (Nota 82), pág. 39.

¹⁰⁸ Al respecto JAKOBS (nota 4), 20/1 y ss., 12 y ss.

seada expresamente por FEUERBACH; pues él postulaba en realidad marcos penales severos pero estrechamente limitados¹⁰⁹ y así lo hizo cuando elaboró el Código penal bávaro de 1813¹¹⁰.

FEUERBACH incurre en el mismo error en el que ya KANT había caído previamente: éste, como ya se señaló, da comienzo a su fundamentación del talión con una simetría entre el daño que sufre la víctima y la pena; el daño que se le ocasiona «a otro en el pueblo» (no: al pueblo) es algo que realiza el autor contra sí mismo¹¹¹. KANT, sin embargo, gira entonces inesperadamente hacia el daño a la vigencia de la norma y abandona con ello el único suelo sobre el que puede fundamentarse el Talión con su simetría perceptible a través de los sentidos¹¹². A FEUERBACH le sucede algo parecido: comienza argumentando con el motivo concreto de un autor para atentar contra un derecho, pero acaba tomando en consideración para la determinación del marco penal la importancia del daño social y, en consecuencia, no co-

¹⁰⁹ FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, 1804, I, págs. 5 y ss., 10 y s., III, págs. 117 y ss.; al respecto en profundidad H. L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen nulla poena sine lege*, 1976, págs. 102 y ss., 108 y s.

¹¹⁰ *Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 16. Mai 1813*, Amtliche Ausgabe, 1813, arts. 4 y ss., 90 y ss. y parte especial.

¹¹¹ KANT (nota 37), págs. 453 y s.

¹¹² *Supra* de nota 63 a nota 65.

noce ninguna pena de bagatela en caso de asesinato ni ninguna pena que aniquile la existencia en caso de un pequeño hurto¹¹³.

Formulado de forma abstracta, con el punto de partida de KANT sobre el talión, con su simetría perceptible por los sentidos, y el punto de partida de FEUERBACH sobre la supresión de las motivaciones delictivas mediante motivaciones contrapuestas no se puede comprender lo específicamente social del hecho punible, de tal manera que lo social, incluso aunque posteriormente es añadido por estos autores, queda infradesarrollado desde una perspectiva teórica.

¹¹³ Arts. 142 y ss., 209 y ss., 215 del Código penal para el reino de Baviera (nota 110).

IV. CONTRADICCIÓN Y PRODUCCIÓN DE DOLOR

A. HEGEL

El desarrollo del lado social del delito se halla en el centro de la teoría de la pena de HEGEL, de acuerdo con la cual el delito precisamente no se dirige contra «otro en el pueblo»¹¹⁴, sino contra la estructura social, contra el Derecho mismo, más aún, contra el principio de la juridicidad, el «Derecho en cuanto Derecho»¹¹⁵. HEGEL reformuló en repetidas ocasiones su razonamiento, introduciendo diversos matices¹¹⁶; aquí me limitaré a la exposición en la Filosofía del Derecho

¹¹⁴ KANT como en nota 61.

¹¹⁵ HEGEL (nota 64), § 97.

¹¹⁶ Una exhaustiva exposición se encuentra en SCHILD, *Verbrechen und Strafe in der Rechtsphilosophie Hegels und seiner «Schule»*, ZRph 2002, págs. 30 y ss.; respecto de la «escuela» de los penalistas, exhaustivamente RAMB (nota 4).

de 1820/1821¹¹⁷. El objeto de esta Filosofía del Derecho lo constituyen el concepto de Derecho y su realización, la idea del Derecho¹¹⁸. En el contexto antes aludido de KANT, la «idea» era un puro concepto racional, una representación de orden de la razón¹¹⁹; aquí, para HEGEL, la idea es la realización –más o menos exitosa¹²⁰– del concepto¹²¹. A su vez, el concepto de Derecho es la libertad¹²², entendida ésta no como albedrío, sino como espíritu activo. La realización del concepto, esto es, la actividad del espíritu la representa HEGEL en tres niveles: (1) Derecho abstracto –la persona en el Derecho en cuanto propietario– (2) moralidad –la exigencia frente al Derecho de tener en cuenta la subjetividad– (3) eticidad –la generalización de la libertad de los sujetos en instituciones, scil. familia, sociedad civil y Estado. De acuerdo con el programa esbozado, el Derecho abstracto no puede prescindir por completo de toda realización –pues se pretende que se trate del primer nivel *de la realización*–, sino que también debe representar ya la realidad, aunque sea una realidad mínima, y, en esa me-

¹¹⁷ Como en nota 64.

¹¹⁸ HEGEL (nota 64), § 1.

¹¹⁹ HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, zweiter Teil. Die subjektive Logik oder Lehre vom Begriff, en: GLOCKNER, como en nota 64, tomo 5, 1949, pág. 238.

¹²⁰ Exhaustivamente PAWLIK, *Hegel und die Vernünftigkeit des Wirklichen*, *Der Staat* 41 (2002), págs. 183 y ss.

¹²¹ HEGEL (nota 119), pág. 239.

¹²² (Nota 64), §§ 4, 29.

da; ha de alcanzar concreción: al menos deben quedar desarrolladas las formas de la juridicidad, es decir, la persona en cuanto titular de deberes y derechos¹²³, la propiedad¹²⁴, el contrato¹²⁵ y el injusto¹²⁶, apareciendo este último, por tanto, junto con la reacción frente al injusto, ya en el Derecho abstracto.

HEGEL concibe el delito como coacción¹²⁷: «La primera coacción ejercida como violencia por el sujeto libre, que lesiona la existencia de la libertad en su sentido concreto, el Derecho en cuanto Derecho, es delito»¹²⁸, lo que significa, en términos ejemplificativos, que el autor, al inmiscuirse en la propiedad ajena, lesiona el *principio* del respeto frente a las esferas de libertad ajenas. El delincuente «niega» «la capacidad jurídica», emite el juicio de que no reconoce la propiedad ajena,

¹²³ (Nota 64), § 36.

¹²⁴ (Nota 64), §§ 41 y ss.

¹²⁵ (Nota 64), §§ 72 y ss.

¹²⁶ (Nota 64), §§ 82 y ss.

¹²⁷ De acuerdo con la concepción actual, también la estafa, (nota 64), §§ 87 y ss., es una coacción, es decir, delito; esta calificación aún era discutida en la época de la génesis de la *Filosofía del Derecho* de HEGEL; al respecto, vid. ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, págs. 22 y ss., 54 y ss. Esta evolución sólo ha quedado concluida una vez que se ha reconocido la lesión del derecho a que al sujeto no se le mienta en asuntos patrimoniales como elemento constitutivo del delito; sobre esto, vid. exhaustivamente PAWLK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, págs. 65 y ss., 127 y ss.

¹²⁸ HEGEL (nota 64), § 95.

lo que ciertamente constituye un juicio correcto («verdadero») —de hecho, no reconoce la propiedad ajena—, pero, como formula HEGEL, es un juicio «disparatado», pues la legitimidad de la propiedad no está a disposición del autor, de modo que su vinculación entre usurpación y legitimidad sencillamente no significa nada respecto de ambas cosas¹²⁹. Es por ello que HEGEL puede calificar el delito como «nulo en sí mismo»¹³⁰, dicho en términos modernos: como manifestación que no permite anudar a ella la comunicación de modo permanente; se trata de la «voluntad particular del delincuente»¹³¹, un esbozo de la realidad exclusivamente individual y sin futuro, puesto que éste pertenece a la idea del Derecho, a la «unidad entre concepto y realidad»¹³². Todo lo demás sólo existe de manera provisional; a la larga, la realidad y la razón acaban siendo idénticas¹³³. Esto, sin embargo, en nada cambia el peligro que el delito necesariamente comporta para la idea del Derecho, por muy escaso que sea el desarrollo de esta idea en el Derecho abstracto. La eliminación de esta puesta en peligro, la manifestación de que el delito no es una conducta de la que se pueda partir, asegura por ello la

¹²⁹ Juicio negativo-infinito (nota 119), pág. 324.

¹³⁰ (Nota 64), §. 97.

¹³¹ (Nota 64), §. 99.

¹³² (Nota 119), pág. 239.

¹³³ (Nota 64), Vorrede, pág. 33; al respecto PAWLIK (nota 120).

situación de juridicidad, es decir, la idea del Derecho, aunque ésta sea débil¹³⁴. La manifestación de la inadecuación del hecho delictivo para constituir un punto de arranque comunicativo tiene lugar a través de un recorte más o menos intenso de la libertad, y, con ello, del alcance comunicativo del delincuente, cuya incompetencia se manifiesta de este modo simbólicamente: se le ejecuta o se le impide el uso de sus facultades encerrándolo, se le priva del medio principal de intercambio para obtener libertad, del dinero, entre otras cosas, en resumidas cuentas: al autor se le suspende total o parcialmente como destinatario y emisor en la comunicación.

Para los ilustrados el dolor de la pena es un medio para provocar determinadas reacciones psíquico-individuales o psicosociales, es decir, precisamente, una reducción de la motivación delictiva. En KANT es una compensación merecida del hecho malo. Distribuyendo los elementos entre la amenaza de pena (como instrumento de prevención de delitos) y la ejecución de la misma (como ejecución merecida de la Ley), FEUERBACH combina ambos puntos de partida. En todo caso, sin embargo, el dolor de la pena tiene efectos en cuanto *factum*: como tal, en cuanto algo que duele, es un instrumento de dirección

¹³⁴ (Nota 64), § 99; respecto de la teoría de la tolerancia del § 100 cfr. JAKOBS, *Der Zweck der Vergeltung*, en: KOTSALIS (ed.), *Festschrift für Nikolaos Androulakis*, 2003, págs. 712 y ss., 720 y ss., con referencias.

o un equivalente del hecho malo. En HEGEL —al menos en aquella entre sus fundamentaciones de la pena que aquí es resaltada—, el dolor es también un *elemento simbólico*, significa algo, a saber, que la máxima configurada por el autor es irrelevante, siendo relevante la del ordenamiento jurídico. El hecho y la pena se toman en su significado comunicativo, el hecho como afirmación de que el Derecho no es vinculante¹³⁵, y de que el autor disfruta de la libertad del estado de naturaleza *hobbesiano*, la pena como contradicción, con el contenido de que únicamente el Derecho puede constituir el punto de partida de la comunicación. Con esta contradicción la estructura de la sociedad queda confirmada, de modo que se ha ejecutado una secuencia que no corresponde ni al «*punitur, ne peccetur*» ni al «*punitur, quia peccatum est*»: la mirada se dirige hacia delante, como en el *ne peccetur*, pero no se trata de que no ocurran ulteriores delitos —un propósito que, tomado en serio, es totalitario en varios sentidos—, sino de mantener la vigencia de la norma.

¹³⁵ Probablemente con mayor intensidad HEGEL (nota 64, § 100): el autor ha establecido mediante el hecho «algo general..., una ley». Sin embargo, en cuanto establecimiento de un *derecho al no-reconocimiento del otro*, la ley sería tan absurda (nota 64, § 36 ¡!) que no precisaría de contradicción. Por lo tanto, no se trata de la contraposición «este derecho» contra «aquel derecho», sino de «Derecho» *versus* «estado ajurídico». JAKOBS (nota 134), pág. 721; de modo radicalmente diverso KAISER (nota 4), pág. 119.

B. REALIDAD DEL DERECHO

Es palmario que el hecho de infligir dolor penal puede ser comprendido como símbolo de una contradicción; pues la destrucción o limitación de la libertad del delincuente, es decir, la coacción dirigida contra él, muestra que su uso de la libertad no puede sentar precedente. Sin embargo, permanece sin resolver la cuestión de por qué precisamente 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?¹³⁶

Esta no es la única cuestión cuyo planteamiento se impone. En el Derecho abstracto únicamente es posible aprehender el delito en

¹³⁶ Respecto de las respuestas estadounidenses a esta pregunta, exhaustivamente, KAISER (nota 4), págs. 167 y ss., 179 y ss., con amplias referencias. Según HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, siempre ha de concurrir la función expresiva (así también *eadem*/von HIRSCH, *Positive Generalprävention und Tadel*, GA 1995, págs. 261 y ss.), pero que la expresión se produzca precisamente a través de la pena, en su opinión, no siempre admite una justificación unitaria (págs. 119 y ss., 124); comparable en su crítica del punto de partida monista de LAMPE (nota 4) LOOS, *ZStW* 114 (2002), págs. 657 y ss., 661 y 663. Sin embargo, el colorido de las diversas posibilidades de justificación de la pena plantea la tarea de separar funciones abiertas y latentes de la pena (limitando así las latentes mediante las abiertas), así como —para evitar la construcción de un mero *totum revolutum*— la de construir un concepto con lo restante. Con profundidad KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, págs. 93 y ss. Cfr: también *infra* respecto de las teorías de la unión, nota 149.

cuanto vulneración del Derecho, y la pena, sólo en cuanto salvaguardia de una realidad jurídica puesta en peligro por el hecho. Queda claro que estos procesos no son cuantificables sino que siempre se trata de la secuencia «puesta en peligro-aseguramiento», sin que sean relevantes ni la clase del derecho violado ni la intensidad de la contradicción. Cabe contradecir un pequeño hurto con la pena de muerte y un asesinato mediante un par de meses de privación de libertad; en el Derecho abstracto, esto sucede sin diferenciación alguna, ya que, precisamente, en aquel ámbito un derecho sólo ha de concebirse como Derecho, y no como continente de intereses cuantificables, de modo que tampoco la respuesta a una vulneración del Derecho, la pena, puede mostrar un peso de intereses cuantificable. Dicho brevemente: el Derecho abstracto deja sin respuesta la cuestión de la medida de la pena¹³⁷; ésta ha de buscarse en otro lugar, y en la búsqueda recuérdese previamente cuál es el objetivo de HEGEL ya en el Derecho abstracto: la idea del Derecho, es decir, la realización de aquello que ha de entenderse como Derecho, de modo que como primer paso, incluso antes de la cuestión acabada de plantear en torno a la medida de la pena, debe responderse a una pregunta previa, a saber, cuándo puede hablarse de la realidad del Derecho.

¹³⁷ Con una aproximación crítica —a este respecto— a la posición de HEGEL, JAKOBS (nota 134), págs. 728 y ss.

La respuesta de los iusnaturalistas de la Ilustración ya mencionados y, especialmente también; la respuesta de FEUERBACH a esta cuestión previa es la siguiente: el Derecho es real cuando no se cometen delitos —una respuesta naturalista de arriba a abajo porque sólo toma como punto de referencia cómo se comportan los autores potenciales, y no la vigencia del Derecho: FEUERBACH considera incluso que la prevención de, literalmente, todo delito es la tarea primordial del Estado: de nuevo: «cualquier ofensa contradice... el fin de la asociación civil y, en virtud de dicho fin, es necesario que *no se produzca ofensa alguna en el Estado*»¹³⁸.

Ahora bien, la «asociación civil» no puede simultáneamente perseguir la libertad e impedir todo abuso de la libertad; pues esto último presupondría una vigilancia de dimensión totalitaria, es decir, lo opuesto a la libertad. Por ello aquel Estado que se pretenda Estado de libertades no puede garantizar seguridad absoluta; su estructura o, hablando en términos modernos, su identidad, es decir, aquello que promete mantener, no es la preocupación por un máximo de seguridad, sino de juridicidad, esto es, vigencia del Derecho, y el Derecho está en vigor también cuando se produce una conducta antijurídica, concretamente cuando esta conducta se deno-

¹³⁸ FEUERBACH (nota 82), pág. 39; cursiva en el original. Cfr. ya el texto correspondiente a la nota 88.

mina y trata como delito. El Derecho está en vigor mientras dirija la orientación comunicativa, siendo equivalente que la dirija para la prevención de un delito, o, si ello no se logra, para la reacción frente a un delito como tal. Si no se realiza un delito posible, bien sea por convicción en la validez del ordenamiento jurídico, o bien sea por miedo a la pena, o si el delito se comete, pero el autor es penado, en todo caso, el Derecho se realiza¹³⁹. Por lo tanto, el Derecho está en vigor mientras y en la medida que constituya el esquema de orientación dominante, concretamente, para la prevención de lo injusto o, en cambio, para la reacción frente a lo injusto. En consecuencia, debe tenerse en cuenta que la extendida expresión de que el delincuente vulnera mediante su comportamiento la vigencia de la norma puede dar lugar a muchos equívocos: si su hecho es tratado como delito, ello demuestra la permanencia de la vigencia de la norma; sólo si el Estado deja de lado el asunto la vigencia se erosiona. El delincuente, por tanto, pulsa el reloj del ajedrez para colocar al Estado en la necesidad de jugar, crea una tendencia lesiva y, en esa medida, podrá hablarse de un ataque a la vigencia de la norma. Pero cuando se pena con ello el ataque queda rechazado, la tendencia lesiva eliminada y la norma *sigue siendo real*, es decir, sigue en vigor.

¹³⁹ HEGEL (nota 64), §§ 97, 99.

Si aquí se han equiparado la prevención de lo injusto y la reacción penal frente a lo injusto —ambas forman parte de la realidad del Derecho—, ello, desde luego, no significa que en la práctica la prevención de lo injusto y su punición puedan intercambiarse arbitrariamente; pues la violencia conforme a Derecho, en cuanto coacción jurídicamente ordenada, y, en particular, la violencia penal, constituyen un recurso escaso, y ya por ese solo hecho está excluida la posibilidad de reaccionar frente a una criminalidad masiva con una persecución penal masiva. En tal caso, el Estado no podrá cumplir con su «obligación de jugar»¹⁴⁰, y la norma pierde su carácter real. Más importante aún resulta un segundo argumento: para ser real el Derecho no sólo debe ofrecer orientación a los potenciales autores sino también a las potenciales víctimas; dicho con un ejemplo, 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. Para poder hacer uso de su derecho la persona no sólo necesita seguridad normativa, es decir, la conciencia de que ejerce su derecho y de que, en caso de ser perturbada, esto se imputará al perturbador como falta suya y no a ella misma como temeridad; por el contrario, esta certeza normativa, si se pretende que verdaderamente

¹⁴⁰ Vid. el párrafo anterior *in fine*.

dirija la conducta, debe contar con un apoyo cognitivo, dicho de otro modo, no debe ser demasiado elevada la probabilidad de que se convierta uno en víctima de un delito con ocasión del ejercicio de sus derechos. Dicho con un ejemplo: dando un paseo nocturno por un parque urbano, nadie se tranquilizará tan sólo con la consideración de que no debe ser sometido a un robo o, incluso, ser privado de su vida, sino que, por el contrario, si inicia el paseo, también partirá de que con alta probabilidad no será tratado de ese modo. Posiblemente, tratándose de intereses de poca relevancia, esta necesidad de apoyo cognitivo será más débil; pero nunca estará ausente por completo¹⁴¹.

Es necesario que las víctimas potenciales hallen un acomodo, con sus intereses, en el Derecho. Un aspecto que HEGEL, acertadamente, no trata en el Derecho abstracto, puesto que las personas en aquel nivel de evolución se encuentran constituidas exclusivamente por derechos (y de-

¹⁴¹ LUHMANN, *Rechtssoziologie* 1, 1972, pág. 51. Respecto del concepto de vigencia del que aquí se hace uso —cuya ulterior fundamentación resulta imposible en el presente marco—. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, págs. 139 y ss., 142: «El concepto de vigencia jurídica incluye... necesariamente elementos de la vigencia social». En todo caso, una deducción «correcta» de un «principio indudable» por sí sola no basta; pues esta vigencia meramente conceptual existe sin perspectiva hacia la práctica, de modo que podría prescindirse de la pena y de la indemnización. Cfr. también el texto correspondiente a la nota 181.

beres), y no por intereses, pero que sí debería haber tratado en la moralidad¹⁴², en cuanto una de las pretensiones de los sujetos frente al Derecho. En conclusión, por tanto, la conciencia de tener derecho no basta para el uso de los derechos si a ello no se suma la conciencia de que no se producirán—dependiendo del peso, probablemente o, incluso, con una altísima probabilidad—pérdidas en los intereses del agente. Con ello se ha alcanzado la respuesta, aún pendiente, a la cuestión de por qué la contradicción del delito debe producirse precisamente infligiendo dolor: el dolor sirve para la salvaguardia *cognitiva* de la vigencia de la norma; éste es el fin de la pena, como la contradicción de la negación de la vigencia por parte del delincuente es su *significado*¹⁴³.

¹⁴² Y no esperar hasta la sociedad civil en cuanto nivel de realización de la eticidad.

¹⁴³ También LAMPE (nota 4) supera la contraposición entre «*punitur, ne peccetur*» y «*punitur, quia peccatum est*», y ello no en una teoría de la unión (al respecto *infra* nota 149), sino vinculando el lado normativo y el lado cognitivo de la vigencia del Derecho: en su concepción, la pena establece (a) la «oposición polar» al delito, produce (b) el mantenimiento del ordenamiento jurídico («carácter dominante»), concretamente, a través de la prevención general, así como (c) prevención en el sentido de prevención especial (págs. 70 y ss.; 166 y ss.), en su conjunto, «restablecimiento de la situación conforme a Derecho en la sociedad» (pág. 167). Aquí, en cambio, no se habla de un «restablecimiento», sino del mantenimiento de la vigencia del Derecho, pero el hecho de que el «estado conforme a Derecho», junto con su lado normativo, también tiene un lado cognitivo cuyo mantenimiento forma parte de la pena justa es expuesto acertadamente por LAMPE.

Para clarificar lo expuesto: el autor ha determinado y ejecutado su conducta sin consideración de la vigencia del Derecho. En la medida en que ello implique la afirmación de que la norma no le vincula, se le contradice a través de la pena (ese es el significado de la pena). Ahora bien, la contradicción por sí sola no cambia en nada la situación de que el hecho da motivo para dudar de la imprescindible seguridad cognitiva de la vigencia de la norma; pues el hecho muestra que hay que contar con la posibilidad de que se infrinja la norma (primaria¹⁴⁴). Si al autor se le inflige un dolor penal de tal intensidad que a causa del dolor su hecho es generalmente considerado un fracaso, con ello queda claro que en el futuro el apoyo cognitivo de la norma al menos no será peor que antes del hecho; este mantenimiento del lado cognitivo de la vigencia de la norma es el fin de la pena, y en función de tal fin ha de determinarse la pena, y es en este contexto de fines no limitado a lo abstracto en el que de hecho por primera vez queda esbozada

Sobre LAMPE vid. LOOS (nota 136), págs. 657 y ss. Respecto de la necesidad de un aseguramiento cognitivo, especialmente, también PUPPE, *Strafrecht als Kommunikation*, en: SAMSON *et al.* (ed.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*, 1999, págs. 469 y ss., 476, 477 y ss.; VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, 2002, pág. 209; sobre la explicación del dolor penal cfr. además BAURMANN, *Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention*, GA 1994, págs. 368 y ss., 382 y ss.

¹⁴⁴ *Supra*, texto correspondiente a la nota 139.

la medida de la pena¹⁴⁵. Dicho de otro modo: después de un delito, no basta con *denominar* delincuente al autor —esto, por sí sólo, es únicamente una corroboración conceptual—, sino que también ha de ser tratado como delincuente para avanzar hacia la idea, hacia la realización del concepto, y mantener la fuerza de orientación, del Derecho, su vigencia. Del mismo modo que después de la defraudación de una expectativa cognitiva la orientación no se restablece sin más porque el sujeto defraudado corrobore lo errado de su cálculo, sino que, al contrario, éste ha de corregir tal cálculo, tampoco bastará después de la defraudación de una expectativa normativa con identificar al autor como fuente de la defraudación; debe ser tratado realmente como autor, es decir, debe ser eliminado en cuanto destinatario en la comunicación de modo más o menos completo y por tiempo más o menos largo¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Se opone a este punto de vista la concepción de VON HIRSCH, de acuerdo con la cual todo el sistema jurídico-penal tiene una función preventivo-general (negativa), mientras que la pena ha de determinarse de modo proporcional al hecho (Censure and Sanctions, 1993, págs. 13 y s.; *idem*, Past or Future Crimes. Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals, 1986, págs. 47 y ss.; *idem*, JAREBORG, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991, págs. 11 y ss., 15 y ss.). La rama preventiva de esta teoría no se limita a la reparación de lo que el autor ha empeorado; en esa medida, el autor es usado para el bien común, no siendo tratado como persona en el Derecho (KAISER, nota 4, págs. 181 y s.). La rama retributiva no aporta nada a la determinación de la medida si no se refiere a un fin. Sobre von HIRSCH cfr. también HÖRNLE (nota 136), págs. 119 y ss.

¹⁴⁶ JAKOBS (nota 134), págs. 726 y ss.

C. EL DEBER DE REPARACIÓN DEL AUTOR

Si bien este contexto de fines —la pena para el mantenimiento de una vigencia de la norma que resulte realmente orientativa— probablemente no necesite de ulterior explicación, sí que es necesario explicar si —y en caso afirmativo, en qué medida— es legítimo perseguirlo, y para el tratamiento de este problema hay que recordar con carácter previo que el fin a alcanzar no consiste en absoluto en una seguridad completa frente a los delitos (como postulaba FEUERBACH al menos en la formulación por él utilizada), sino en la vigencia del ordenamiento jurídico. En Derecho penal no se trata de modo primario de prevenir delitos —de esto ha de ocuparse principalmente la policía—, sino de una reacción frente al delito que asegure que la fidelidad al ordenamiento jurídico se mantenga como actitud natural de la mayoría de todas las personas, por lo que las víctimas potenciales puedan tener la certeza de que no sólo *tienen derecho* a ejercer sus derechos, sino que *podrán* ejercerlos quedando incólumes, a menos que se ubiquen en los márgenes de la sociedad. Por consiguiente, los destinatarios de la pena no son sólo —ni siquiera lo son en primera línea— el autor en cuestión y otros delinquentes que ya tienen tendencia a cometer el hecho, sino las personas fieles al ordenamiento, es decir, la gran masa de éstas: deben conservar su fidelidad al Derecho y su confianza en la norma.

Se habla de *prevención general positiva*¹⁴⁷, porque no se pretende alcanzar la intimidación de la generalidad de las personas, sino el mantenimiento de la norma como esquema de orientación, *prevención*, porque se persigue un fin, precisamente, el mantenimiento de la fidelidad a la norma, y ello, concretamente, respecto de la sociedad en su conjunto, por ello, *prevención general*.

En oposición directa a FEUERBACH, la primera cuestión en la determinación de la medida de la pena (o, en FEUERBACH, de la medida de la amenaza penal) no debe ser cuán fuerte era proba-

¹⁴⁷ Cfr. los detalles en NK-HASSEMER (NEUMANN *et al.*, ed., Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. 1, actualizado a marzo de 2003), n.m. 429 y ss. previos al § 1; JAKOBS (nota 4), 1/4 y ss., 14 y ss.; *idem*, Schuld und Prävention (nota 66); *idem*, Norm, Person, Gesellschaft, 2ª ed., 1999, págs. 98 y ss.; MÜLLER-TUCKFELD, Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, 1998, con exhaustivas referencias (al respecto, acertadamente KARGL, Rechtstheorie 30, 1999, págs. 371 y ss.); KALOUS, Positive Generalprävention durch Vergeltung, 2000 (en págs. 172 y ss. también respecto de la discusión anglo-americana); HART-HÖNIG, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention, 1992, págs. 98 y ss.; SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (ed.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, 1998. Algunas teorías de la prevención general positiva (así, por ejemplo, algunas de *mis* consideraciones loc. cit. y en nota 149; de modo similar FRISCH, en: Positive Generalprävention, op. cit., págs. 255 y ss., 140 y s.) descuidan el lado cognitivo de la vigencia de la norma, degradando los efectos psíquico-sociales, al menos en parte (¡intimidación!; menos: confirmación de la fidelidad a la norma), a la condición de efectos secundarios. Aquí se pretende corregir lo restringido de *mi* punto de vista.

blemente la tendencia del autor a cometer el hecho, y tampoco cuál es la intensidad de la tendencia en otros autores ya decididos a cometer el hecho, sino cuál es el grado de perturbación social generada por el hecho. Dicho a través de un ejemplo: cuando se roba un anillo de oro, para la determinación de la pena resulta irrelevante que el autor estuviera prácticamente obsesionado con el objeto y, por ello, difícilmente hubiera podido ser motivado para no cometer el hecho, o que hubiera decidido hacerse con él sólo incidentalmente. Para el peso social de un hecho resultan decisivos (1) el peso de la norma vulnerada y la medida de su vulneración (2) la situación del aseguramiento cognitivo de esa norma y (3) la responsabilidad del autor por su motivación para cometer el hecho, es decir, si ésta es completamente asunto suyo, o, por el contrario, puede exonerársele parcial o completamente al respecto, por ejemplo, en virtud de una enfermedad psíquica, a causa de una situación de necesidad de la que no es responsable o en virtud de que la víctima ha infringido un deber de autoprotección, y habría otros elementos que mencionar. En todo caso, la tendencia a cometer el delito que concorra en otras personas sólo juega un papel para la medida de la pena en cuanto sea consecuencia del hecho ya producido, es decir, una puesta en peligro de la vigencia de la norma producida por el hecho. La pena sólo elimina aquella puesta en peligro de la vi-

gencia de la norma que el delincuente haya creado a través de su hecho de modo imputable, de la que es responsable. Su responsabilidad por la puesta en peligro de la norma es la legitimación para infligirle dolor penal; por lo tanto, cabría hablar de reparación en un sentido amplio, una reparación que el autor, si tuviera una motivación conforme a Derecho, prestaría espontáneamente mediante la renuncia al uso de su libertad (cosa que, de hecho, sucede de vez en cuando en forma de la composición entre autor y víctima¹⁴⁸, al igual que al solucionar conflictos informales, es habitual que se ofrezca una disminución del status propio o una prestación especial).

Sin embargo, sólo podrá mantenerse la norma como esquema de orientación a través de la pena si aquellos que se orientan en el papel de autor, teniendo en cuenta la pena, se abstienen, por miedo o convicción, de cometer el hecho, y si en los sujetos que se orientan en el papel de víctimas existe la representación de que la pena apar-

¹⁴⁸ § 46a StGB, § 155 StPO. Respecto de la legitimación de la pena a través de la institución de la reparación, vid. la teoría del «daño intelectual» en WELCKER, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt*, 1813, págs. 252 y ss., 266; sobre ello MÜLLER-DIETZ, *Vom intellektuellen Verbrechensschaden. Eine nicht nur historische Reminiszenz*, GA 1983, págs. 481 y ss.; recientemente también VELTEN (nota 143), págs. 178 y ss., 191, resumidamente en págs. 196 y ss.

tará a alguno de cometer el hecho, y esta representación ha de tener a la larga una fundamentación plausible, ya que de lo contrario la vigencia acabaría erosionándose tarde o temprano, al quedar al descubierto el engaño. En esta medida, parece que la prevención general positiva al menos *también* implica la intimidación de autores potenciales, es decir, prevención general negativa, sólo que no se habla de ella directamente, sino de su efecto de producir fidelidad a la norma, y de su reflejo en la confianza en la norma por parte de otros sujetos. Dicho de otro modo, si la pena mantiene la confianza en la norma, debe producir miedo o convicción, y sólo en ese caso mantendrá la confianza en la norma.

Ahora bien, en el ámbito del efecto de la pena es necesario distinguir con toda claridad: si el dolor penal se mide exactamente de tal modo que el hecho ocurrido sea entendido generalmente como empresa fallida, evitará que la puesta en peligro de la vigencia de la norma que emana del hecho acabe convirtiéndose en un daño, y para que se logre esa evitación, el autor deberá asumir la responsabilidad por su hecho. El *status quo* de vigencia de la norma puesto en riesgo por el hecho queda entonces salvaguardado, ni más ni menos. En esta medida 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. La situación es distinta cuando el dolor penal es medido en atención a otros sujetos que de por sí, con independencia del hecho ocurrido, muestran una tendencia a delinquir, es decir, cuando el dolor penal es utilizado también para la eliminación de riesgos de los que el autor no ha de responder; entonces, se exige del autor más que la reparación, siendo así usado como instrumento de política social. De esto —más exactamente: en contra de esto— habrá que hablar a continuación:

Antes hay que subrayar, sin embargo, que la contraposición de «*punitur, quia peccatum est*» y «*punitur, ne peccetur*» muestra ser tan insuficiente como —a efectos comparativos, si bien *cum grano salis*— sería errónea en un supuesto jurídico-civil en el que hay derecho a ser indemnizado la diferenciación de que por un lado, habría que indemnizar por la conducta lesiva, y, por otro, para cumplir el fin de reparar el daño del perjudicado; evidentemente, ambas cosas son correctas, y ello no a modo de adición («unión»¹⁴⁹) de ambos fundamentos, sino en

¹⁴⁹ Las llamadas teorías de la unión, cuya defensa está muy extendida en la ciencia del Derecho penal, no unen nada —o es poco lo que unen— en un todo, sino que suman funciones abiertas y latentes de la pena, por regla general, en el marco de una función que limita a todas las demás: en el marco de la retribución de la culpabilidad, sin que, una vez abandonadas las penas de talión, se haya aclarado ni lo

cuanto desarrollo del concepto «reparación» en el contexto de una teoría de la responsabilidad jurídico-civil. Mientras en Derecho civil se trata de compensar un daño material producido, en Derecho penal, se trata de compensar la puesta en peligro de la vigencia del Derecho, mediante una intervención en quien debe responder de ese daño o de esa puesta en peligro, y ello en lo que alcance su responsabilidad. Por muy acu-

más mínimo cómo podría alcanzarse una medida de la pena (al menos, con efectos limitadores) partiendo de una determinada medida de culpabilidad sin reflexiones en torno al fin de la pena; dicho de otro modo, la determinación preventivo-general de la medida de la pena (notas 66, 147) se trata de modo implícito como «correspondiente a la culpabilidad» (JAKOBS, Schuldprinzip, nota 66, págs. 7 y ss., 23 y ss. y *passim*). En la medida en que se lograra una unión en un solo conjunto, la teoría se quedaría corta, ya que no denomina el conjunto. En la medida en que no se logre, se trata de una limitación recíproca de elementos sólo nominalmente unidos, o, sencillamente, de un revoltijo (JAKOBS, Zur gegenwärtigen Straftheorie, en: KODALLE, ed., Strafe muß sein! Muß Strafe sein?, 1998, págs. 29 y ss. [= PJ 47 (1997), págs. 145 y ss.]; LAMPE, nota 4, págs. 59 y ss.). Las «teorías de la unión» se defienden en diversas modalidades: como teoría de armonización de los fines de la pena (JESCHECK/WEIGEND, nota 4, págs. 75 y ss.); como teoría de la mera limitación de persecución de fines preventivos a través de lo adecuado a la culpabilidad (ROXIN, nota 4, 3/33 y ss., 37 y ss., 44 y ss., 48 y ss., 55; *idem*, Wandlungen der Strafzwecklehre, en: BRITZ *et al.*, ed., Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, págs. 701 y ss.); como teoría —dependiendo del delito— de la variación de preferencias (STRATENWETH, Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat, 4^a ed., 2000 [= Derecho penal. Parte General I. El delito, 2005], 1/4 y ss., 16 y ss., 30 y ss., 36; *idem*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, 1995); y otras.

cientes que sean los intereses que hablen en favor de una ulterior mejora del perjudicado o de la vigencia del ordenamiento más allá de la situación anterior, quedarán completamente fuera de consideración; pues nadie responde de una situación que se ha gestado sin intervención suya. Por lo tanto, cabe respetar la prohibición *kantiana* de confundir a un delincuente «entre los objetos del Derecho de cosas» también en el ámbito de una pena dirigida a un fin, es decir, si al autor sólo se le exige lo que en Derecho ha de prestar. En consecuencia, el código determinante no es «justo *versus* adecuado a fines», sino «merecido *versus* inmerecido», y también una pena orientada a la consecución de fines puede ser merecida, si bien sólo deberá prevenir los hechos de otros en la medida en que estos hechos sean consecuencias imputables del propio hecho del autor.

V. INTIMIDACIÓN DE OTROS, PREVENCIÓN ESPECIAL

BENTHAM, quien desarrolló una teoría utilitarista muy poco tiempo después de las concepciones idealistas de KANT y HEGEL, niega, sin embargo, la posibilidad de determinar la pena sin tener en cuenta todos los hechos futuros. «La prevención general», afirma, «debe ser el fin principal de la pena, en la medida en que verdaderamente constituya una justificación. Si pudiéramos representarnos un delito cometido como hecho único, ... la pena carecería de objeto... Si, sin embargo, nos representamos que un delito impune abre el camino del delito no sólo al mismo autor, sino a todos aquellos que tengan los mismos motivos y oportunidades de transitarlo, comprendemos que la pena que es infligida a un ser individual se convierte en la fuente

de la seguridad de todos.»¹⁵⁰ Ahora bien, BENTHAM argumenta partiendo de una base cerce-
nada: si un delito constituyera «un hecho único»,
no podría poner en riesgo la base cognitiva de
la vigencia de la norma, y en tal caso, la pena
posiblemente se agote en infligir simbólicamente
dolor; sin embargo, con ello aún no queda de-
mostrado que la pena en los demás casos deba
dirigirse intimidando (o fomentando la convic-
ción de que la norma es correcta) sencillamente
a todos los delincuentes potenciales y que no
pueda, en lo que se refiere a la intimidación, diri-
girse exclusivamente a aquellas personas que
son animadas por el delito en cuestión a cometer
otros delitos. BENTHAM tan sólo formula la consta-
tación trivial de que carece de sentido una acción
intimidatoria cuando nadie hay que deba ser in-
timidado, sin demostrar con ello que una intimi-
dación global tenga sentido y sea legítima. Por
lo tanto, sigue existiendo la posibilidad de limi-
tar la pena a la confirmación de la vigencia de la
norma que el delincuente ha puesto culpable-
mente en riesgo, dejando fuera de consideración
la inseguridad existente con independencia de
su hecho.

Por lo demás, aquí no se pretende profundizar
en la determinación de la medida de la pena,

¹⁵⁰ BENTHAM, *The Rationale of Punishment*, 1830, cita con-
forme a la edición (abreviada) en VORMBAUM (nota 4), tomo
2, págs. 90 y ss., 93.

sobre todo, porque no es posible identificar una magnitud que quede fijamente establecida de una vez por todas: el peso de la norma contravenida puede cambiar —la degeneración del aborto desde un crimen grave a un delito de bagatela, antes de que fuera declarado impune para los casos principales, la han vivido los aquí presentes—, la salvaguarda cognitiva puede ser firme o inestable, puede cambiar lo que deba considerarse una situación de necesidad merecedora de reconocimiento jurídico, etc. HEGEL expone acertadamente que «el poder de la sociedad, una vez adquirida seguridad en sí misma» rebaja «la importancia externa de la lesión», conduciendo por ello a «una mayor lenitud en el castigo de ésta»; por ello, en su opinión, no es posible desarrollar un Código penal con bases filosóficas, sino que, por el contrario, éste «pertenece sobre todo a su tiempo y al estado de la sociedad civil en éste»¹⁵¹.

Sin embargo, sí que es perfectamente posible identificar algunos de los elementos a los que no debe recurrirse para la determinación de la

¹⁵¹ HEGEL (nota 64), § 218, anotación; cfr. ya el texto correspondiente a la nota 64. Respecto del Derecho vigente: STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 1991, págs. 162 y ss.; especialmente sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal: FRISCH, *Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, en: CANARIS *et al.* (ed.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, tomo IV, ed. por ROXIN *et al.*, 2000, págs. 269 y ss.

medida de la pena si se pretende tratar como persona en Derecho al autor. Resulta relativamente sencillo excluir el fin, ya mencionado en relación con BENTHAM, de evitar que otras personas, que tienden al delito con independencia del hecho ya cometido, desistan de cometer delitos en el futuro, la denominada *prevención general negativa* (intimidatoria). Es habitual que se mencione esta prevención en la época de la Ilustración como fundamento de la pena; como algo evidente, sin fundamentación alguna y sin que se aprecien siquiera escrúpulos de ninguna clase, la mencionan GROCIO¹⁵², PUFENDORF¹⁵³ y WOLFF, quien incluso llega a decir que las penas capitales se ejecutan «única y exclusivamente para dar ejemplo a otros»¹⁵⁴, y afirma, por lo demás, que puesto que «en la punición de lo malo ha de mirarse más a los demás que a los delincuentes», no sería «injusto que... los delincuentes sufran penas más duras de lo que fuera necesario... para mejorarlos»¹⁵⁵. Cuando el delincuente no es responsable de la tendencia delictiva de los demás —y con independencia del hecho a juzgar no ha de responderse de las tendencias presentes en personas responsables con las que no hubo colusión—, cada pena que se amenaza, se impone y se ejecuta para intimidar a otros, viola

¹⁵² GROCIO (nota 1), II, XX, XIII.

¹⁵³ PUFENDORF (nota 18), 2.13.7 y 9.

¹⁵⁴ WOLFF, (nota 23), § 346.

¹⁵⁵ (Nota 23), § 347.

el derecho del autor a ser penado únicamente de acuerdo con la medida de su responsabilidad: de lo contrario, se tratará de una pena *con ocasión* de la culpabilidad del autor por algo de lo que no es culpable, es decir, de la punición, en esta medida, de un inocente¹⁵⁶, que es tratado como una cosa usada para alcanzar un fin. Aquí no hay camino que no pase por KANT. De modo insuperado; y probablemente insuperable, HEINRICH HEINE ironizaba sobre la teoría intimidatoria de la pena: «Aquí se produce sufrimiento a un ser humano que cometió un delito, para que un tercero quede por ello intimidado a la hora de cometer un delito similar. Es la máxima injusticia que alguien deba sufrir para bien de otro; y esta teoría siempre me trajo a la memoria los pobres *souffre-douleurs* que antiguamente eran educados con los pequeños príncipes y que recibían latigazos cada vez que su eximio compañero había cometido cualquier falta»¹⁵⁷.

La cuestión presenta mayor dificultad. res-

¹⁵⁶ En el caso de la pena privativa de libertad impuesta en defensa del ordenamiento jurídico en virtud del § 47 StGB, se trata de una pena por la infracción de una norma indubitadamente legítima (!), pero que carece de un aseguramiento cognitivo suficiente: en esta medida, la sociedad aún no está segura de sí misma (cfr. *supra* el texto correspondiente a las notas 64 y 151). En tales casos, se incrementa el efecto perturbador del hecho individual, y resulta adecuado un incremento de la pena.

¹⁵⁷ HEINE, Luteria, anexo, en: *Sämtliche Werke*, tomo XII, (Kindler), 1964, págs. 121 y ss., 129.

pecto de la *prevención especial*: el mejoramiento del autor mediante educación, su intimidación o su aseguramiento a través de medidas coactivas, desde el encierro, pasando por la castración de los llamados autores instintivos, hasta llegar a la pena de muerte. La pena privativa de libertad —generada con base en los esfuerzos educativos de orientación calvinista a finales del siglo XVI y que floreció desde la segunda mitad del siglo XVIII, entonces con base en la fe ilustrada en la educación— muy difícilmente hubiera comenzado su marcha triunfal, que se prolonga hasta el día de hoy, si no tuviera, junto con el fin preventivo «blando» «fidelidad a la norma mediante educación», también un fin duro: un preso ya no puede delinquir, más exactamente, no puede hacerlo fuera del centro penitenciario, más exactamente aún, allí ya no puede hacerlo de propia mano. Este efecto, como cualquier otro de índole preventivo-especial ¿constituye un efecto secundario —muy deseado— del intento de asegurar la base cognitiva de la vigencia de la norma, o, por el contrario, es lícito perseguir tales efectos de modo autónomo, en cuanto fines de la pena a su vez legítimos?

De acuerdo con el Derecho vigente, ha de distinguirse si a un ser humano probablemente se le puede ayudar a través de la educación a llevar en el futuro una vida sin pena, o de si se trata de proceder contra un peligroso autor por tendencia. Como se infiere de la Ley de tribunales

de menores, para los delincuentes jóvenes –en cuyo caso cabe esperar que la educación tenga los mejores resultados– corresponde prioridad al fin educativo¹⁵⁸, siendo las «medidas», exclusivamente educativas, ni siquiera impuestas «por» un hecho, sino «con ocasión» de él, mientras que las consecuencias jurídicas «punitivas» al menos parten de la consideración de cuáles son las tendencias lesivas que «se han manifestado en el hecho». Más allá de esto, en el caso de todos los presos condenados, el tiempo de la privación de libertad que de todos modos se produce debe aprovecharse para la socialización del interno; la Ley de ejecución penal¹⁵⁹ enuncia este fin aún antes del aseguramiento frente a ulteriores hechos una regulación al menos problemática¹⁶⁰.

Ahora bien, también las reacciones de socialización –y, en este sentido, de ayuda– tienen como contenido que, en primer lugar, hay que transformar al autor del hecho delictivo antes de que pueda ser aceptado como sujeto libre. A diferencia de la prevención general positiva, en la que se exige reparación de una persona, en el

¹⁵⁸ §§. 5, 13 párr. 1, 17 párr. 2 JGG.

¹⁵⁹ § 2 StVollzG.

¹⁶⁰ Adopta acertadamente una posición crítica LAMPE (nota 4), pág. 81; con una perspectiva en su conjunto poco crítica con la prevención especial vid. DÖLLING, Zur spezialpräventiven Aufgabe des Strafrechts, en: *idem* (ed.), Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, págs. 597 y ss.

ámbito de la prevención especial mediante educación se pretende primero establecer a la persona en la configuración que debe tener. Partiendo de esta situación, el hecho no puede haber sido cometido por una persona en el pleno sentido de la palabra —pues aún hay que construirla—, sino, en todo caso, por una persona deficitaria, de modo que la conexión con la teoría de la pena de KANT y HEGEL se pierde. Aún mayor que la problemática del trato socializador del autor, es, en cambio, la del aseguramiento frente a un autor por tendencia —como dice con algo de acierto el lenguaje popular— encerrándolo. ¿Es legítima tal pena de aseguramiento?

La respuesta que el Código penal alemán sugiere frente a esta cuestión es que una pena de aseguramiento que supere la pena adecuada a la culpabilidad es inadmisibile; se establece que el aseguramiento en esta medida sólo puede alcanzarse mediante una medida de seguridad a ejecutar después de la pena, a través de la custodia de seguridad¹⁶¹. Sin embargo esta respuesta no aporta nada para saber por qué podrá lícitamente alcanzarse mediante la custodia de seguridad aquello que está prohibido obtener a través de la pena; por el contrario, la separación entre pena y medida de seguridad sólo se consi-

¹⁶¹ § 66 StGB; adopta una posición crítica STRENG, *Das Legitimationsdilemma sichernden Freiheitsentzugs Überlegungen zur neueren Rechtsentwicklung*, en: DÖLLING, como en nota 160, págs. 611 y ss.

gue de modo inexacto, ya que algunas medidas de seguridad —el internamiento en un hospital psiquiátrico o en una institución educativa— deben ejecutarse antes y no después de la pena, debiéndose computar su duración en la de la pena: un llamado sistema vicarial —la medida de seguridad sustituye a una parte de la pena—, lo que, sin embargo, tiene como presupuesto una cierta identidad cualitativa del «vicario» con el «titular». Por otro lado, la existencia de medidas de seguridad no dice nada acerca de en qué medida los intereses de salvaguardia ya han jugado un papel en la fijación de los marcos penales; dicho con un ejemplo: cuando se amenaza a los cabecillas u hombres de atrás de una asociación terrorista con una pena privativa de libertad de hasta 15 años¹⁶², sin que sea necesario que los delitos tomados en consideración hayan progresado más allá del estadio de una vaga planificación, se impone prácticamente una explicación a través de los intereses de aseguramiento (junto con la intimidación). Abiertamente se persigue el aseguramiento en leyes recientes de algunos Estados de los EE UU¹⁶³ relativas a los reincidentes, cuya regulación más conocida —pero no la única— se refiere a la segunda reincidencia, es decir, al tercer hecho, ordenando, en función del peso del hecho y de los hechos previos, 25 años

¹⁶² § 129 a párr. 2, en conexión con el § 38 párr. 2 StGB.

¹⁶³ En la vanguardia de la severidad: *California Penal Code*, sección 667, especialmente 667 (e) (2); 667.7 (a) (1) y (2).

de privación de libertad, o incluso privación de libertad de por vida, en algunos casos, incluso excluyendo la posibilidad de una puesta en libertad anticipada. Partiendo de una regla de béisbol, el lenguaje popular dice: «*three strikes and you are out*».

Esta problemática se plantea exclusivamente en aquellas concepciones penales cuyo principio máximo no sea «*punitur, ne peccetur*», en todo caso, con una limitación a través de una vaga proporcionalidad. Son famosas las consideraciones —en esta medida, sin conciencia de la problemática— de FRANZ VON LISZT respecto de los «irrecuperables», ese «miembro enfermo», esa «lesión cancerosa» del organismo¹⁶⁴: «Frente a los irrecuperables la sociedad ha de protegerse; y puesto que no queremos decapitar y ahorcar y deportar no podemos, sólo queda el encierro de por vida»¹⁶⁵. En cambio, la problemática es palmaria en aquellas concepciones, como la kantiana, que están seriamente orientadas con base en la justicia, por lo que su tratamiento no se demoró mucho una vez aparecida la *Metafísica de las costumbres de Kant*; se produjo, con una seriedad que impresiona hasta el día de hoy, en forma de una

¹⁶⁴ VON LISZT, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), págs. 1 y ss., 36; es decir, más de 110 años antes de las leyes acabadas de mencionar promulgadas por Estados miembros de los EE.UU.

¹⁶⁵ (Nota 164), pág. 39.

discusión literaria entre FEUERBACH y GROLMANN, entendiéndose ambos como kantianos.

Según GROLMANN, cualquier coacción contra personas sólo puede ser legitimada si sirve a la «protección de la libertad», de los derechos de la persona¹⁶⁶. GROLMANN toma este punto de partida de KANT, quien fundamenta la facultad de imponer coacción a una persona con la «evitación de un obstáculo para la libertad»¹⁶⁷. A diferencia de KANT, GROLMANN extiende este requisito de legitimación también a la coacción penal, es decir, que rechaza la legitimación de KANT a través de la justicia de un talión libre de fines. «Si, por lo tanto, la pena ha de ser un medio coactivo jurídico, también ha de venir fundamentada en que aquel contra quien debe tener lugar se ha convertido en un obstáculo a la libertad»¹⁶⁸. Pero ¿por qué es el delincuente un obstáculo para la libertad después del hecho? Porque, según GROLMANN¹⁶⁹, carece de una actitud conforme a Derecho; como demostraría el hecho¹⁷⁰. En su opi-

¹⁶⁶ GROLMANN (nota 102), págs. 283, 289.

¹⁶⁷ KANT (nota 37), pág. 231.

¹⁶⁸ GROLMANN (nota 102), págs. 289 y s.

¹⁶⁹ En un primer momento, GROLMANN tomó como punto de referencia el peligro de hechos venideros (nota 102), pág. 291.

¹⁷⁰ GROLMANN, Sollte es denn wirklich kein Zwangsrecht zur Prävention geben?, *Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung*, tomo 1, 1800, págs. 241 y ss., citado conforme a la reimpresión (reducida) en VORMBAUM (nota 4), tomo 1, 17. und 18. Jahrhundert, págs. 299 y ss., 305.

nión, una situación conforme a Derecho requiere no sólo «en el momento justo», es decir, cuando se produce un hecho, que no se perturbe a los demás, «sino ya en el momento ahora existente, seguridad de la ausencia de perturbación para los momentos venideros»¹⁷¹; hablando en términos modernos, sólo cuando concurre cierta seguridad cognitiva la norma presta orientación. GROLMANN prosigue afirmando que por ello el delincuente no sólo perturba la relación jurídica por la ejecución del hecho, sino ya «por abandonar la voluntad de no lesionar nunca a otros»¹⁷². En su concepción, si bien se presume respecto de cualquier persona, a menos que concurren indicios en sentido contrario, que se comportará conforme a Derecho¹⁷³, esta presunción constituye una «suposición problemática» y pierde su justificación con el hecho del autor¹⁷⁴. Para restablecer la presunción, según GROLMANN es necesario eliminar el indicio contrario, concretamente, a través del «uso adecuado al fin de medios coactivos de prevención... mediante los cuales se intimida a quien amenaza un peligro, o se le impide la ejecución de su amenaza»¹⁷⁵.

FEUERBACH contraargumenta que una situación conforme a Derecho no requiere una actitud in-

¹⁷¹ (Nota 170), pág. 301.

¹⁷² (Nota 170), págs. 303 y s.

¹⁷³ (Nota 170), pág. 306.

¹⁷⁴ (Nota 170), págs. 16 y s.

¹⁷⁵ (Nota 170), pág. 307.

terna conforme a Derecho: de todos los ciudadanos, sino «una sociedad civil, una institución en la que a todos resulte *imposible* violar derechos»¹⁷⁶; dicho de otro modo, puesto que los seres humanos no ofrecen garantía alguna de su conducta en el estado de naturaleza, es lícito obligarles a someterse a una constitución civil¹⁷⁷; la garantía la ofrece entonces el Estado, y no resulta necesaria una garantía prestada por todos y cada uno de los individuos. Dicho con toda brevedad: lo que GROLMANN quiere conseguir con la pena preventiva, FEUERBACH lo considera hecho ya con su prevención conminatoria. Con toda seguridad, GROLMANN exagera cuando considera prácticamente a cualquier delincuente una figura tan dudosa que fuera necesario penarlo para evitar ulteriores hechos; pero es un hecho que existen sujetos especialmente dudosos, autores que actúan siendo el delito su modo de vida, autores que obran a impulso de sus instintos, autores de tendencia, terroristas y otros en los que cabe identificar una tendencia consolidada hacia el delito, y parece un tanto ingenuo imponer —con FEUERBACH— la pena sólo en virtud de la legalidad, sin pensar ya más en el aseguramiento. Frente a GROLMANN, FEUERBACH insiste en que un deber de tener una actitud interna conforme a Derecho pertenece a la moral, y no al Derecho;

¹⁷⁶ FEUERBACH, Ueber die Strafe (nota 100), págs 22 y ss.

¹⁷⁷ KANT (nota 37), págs. 324 y s.

pues «por una mera actitud interna..., sea inmoral o sea antijurídica» «de ningún modo se lesionó derecho alguno»¹⁷⁸. En esta reflexión es correcto que desde la perspectiva *kantiana*, en Derecho basta la legalidad, el cumplimiento externo del Derecho, y que no se exige moralidad, actuar por el cumplimiento del deber¹⁷⁹. Por consiguiente, una actitud interna que incluya elementos ilegales no es *per se* una vulneración del Derecho. A pesar de ello, los pensamientos de GROLMANN no deben rechazarse por completo; pues cuando en un delincuente se manifiesta con claridad —sea como fuere— una actitud interna permanentemente deficitaria en materia de legalidad, parece ingenuo, a su vez, remitirse exclusivamente a la profilaxis general del delito. En conclusión, GROLMANN concibe el derecho a punir de modo demasiado unilateral exclusivamente como medio coactivo para la prevención especial, pero sí percibió correctamente que cualquiera que deba ser tratado como persona en Derecho debe ofrecer cierta garantía de que se conducirá como una persona en Derecho.

¹⁷⁸ FEUERBACH, Ueber die Strafe (nota 100), págs. 25 y s.

¹⁷⁹ KANT (nota 37), págs. 365 y s.

VI. PERSONA VERSUS ENEMIGO

A. DESPERSONALIZACIONES PARCIALES

La situación existente respecto de la persona en Derecho es la misma que la de la vigencia del ordenamiento jurídico, que la del Estado en cuanto conjunto de un ordenamiento jurídico; en general, que la de cualquier entidad con estructura normativa, por lo demás, también la de la persona *antes* (y no sólo en) del Derecho: para acceder a la realidad, para ofrecer orientación, la situación normativa necesita de un apoyo cognitivo. Del mismo modo que el normativista más importante del siglo pasado, HANS Kelsen, quien identifica Estado y ordenamiento jurídico¹⁸⁰, no convierte artificialmente cualquier ordenamiento jurídico en Estado, sino que insiste en el

¹⁸⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2ª ed., 1960, págs. 289 y ss.

presupuesto de una Constitución efectiva y a grandes rasgos¹⁸¹, y del mismo modo que una norma individual no regirá sencillamente cuando pueda ser postulada con buenas razones, sino sólo cuando verdaderamente dirija la orientación, tampoco basta para la constitución de una persona en el Derecho, de un ciudadano, postular un destinatario para deberes y derechos o, incluso, limitarse a pensarlo; por el contrario, es necesario que ese destinatario realmente posibilite orientarse con él como persona en Derecho. Dicho a través de un ejemplo: quien continuamente se comporta como Satán, al menos no podrá ser tratado como persona en Derecho en lo que se refiere a la confianza de que cumplirá con sus deberes; pues falta el apoyo cognitivo para ello. De modo menos dramático: si, conforme al Código procesal penal¹⁸², cuando concurre una sospecha muy fundada de la comisión de determinados hechos, como, por ejemplo, contra la autodeterminación sexual o contra la propiedad, el riesgo de reincidencia *per se* constituye un motivo de ingreso en prisión provisional, ello sucede porque el lado cognitivo de la conducta personal —imprescindible para la orientación, se tome como se tome— ha decaído de modo más o menos evidente; por consiguiente, se trata del aseguramiento de una fuente de peli-

¹⁸¹ (Nota 180), págs. 215 y ss. Cfr. también nota 141.

¹⁸² § 112a StPO.

gro, como en relación con un animal salvaje; pero no del trato con una persona. En este ámbito —y sólo en casos de estas características— es adecuada la pregunta que GROLMANN eligió como título de una de sus contribuciones: «¿Realmente no existirá derecho coactivo para la prevención?»¹⁸³.

Como muestra la disposición acabada de citar del Derecho de la prisión provisional, y como también cabe apreciar en las medidas de seguridad antes mencionadas, el Estado se toma un derecho a la prevención sin denominarlo necesariamente pena. Sin embargo, sí que hay nominalmente «penas» en una serie de leyes recientes que el legislador llama leyes para la «lucha» contra el delito, es decir, casos en los que se trata menos de mantener la configuración normativa, la vigencia del ordenamiento jurídico, que, de prevenir delitos. Se pretende «luchar» contra la criminalidad económica¹⁸⁴, el terrorismo¹⁸⁵, el tráfico ilegal de drogas tóxicas y otras formas de aparición de la criminalidad organizada¹⁸⁶, los

¹⁸³ Cfr. nota 170.

¹⁸⁴ Primera Ley de lucha contra la criminalidad económica de 29.7.1976, BGBl I, pág. 2034; segunda Ley de lucha contra la criminalidad económica de 15.5.1986, BGBl I, pág. 721.

¹⁸⁵ Art. 1 de la Ley de lucha contra el terrorismo de 19.12.1986, BGBl I, pág. 2566.

¹⁸⁶ Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de drogas tóxicas y otras formas de aparición de la criminalidad organizada de 15.7.1992, BGBl I, pág. 1302.

delitos sexuales¹⁸⁷, y, finalmente e incluyéndolo todo, los hechos graves en general¹⁸⁸. Si se observa qué es aquello —más exactamente: quienes son aquéllos— contra lo(s) que se pretende «luchar», se constata que se trata de individuos que en su actitud (delitos sexuales), en su vida económica (criminalidad económica, relativa a las drogas y otras modalidades de criminalidad organizada) o por su imbricación en una organización criminal (terrorismo, criminalidad organizada) se han apartado, probablemente, de modo permanente, pero, en todo caso, con cierta seriedad, del Derecho, dicho de otro modo: que no prestan la garantía cognitiva mínima que es imprescindible para ser tratado como persona en Derecho.

Para aclarar lo dicho: antes se ha expuesto en relación con la pena que ésta no despersonaliza, aún en la medida en que se imponga para el apoyo cognitivo de la vigencia de la norma, ya que el autor, en cuanto persona en Derecho, tiene el deber de compensar la puesta en peligro de la vigencia de la norma ocasionada por su hecho. Se trata de un deber de reparación en sentido amplio. ¿No cabría —por ejemplo— fundamentar la custodia de seguridad de modo simi-

¹⁸⁷ Ley para la lucha contra los delitos sexuales y otros delitos peligrosos de 26.1.1998, BGBl. I, pág. 160. Dicho sea de paso: ¿existen delitos no peligrosos?

¹⁸⁸ Ley de lucha contra el delito de 28.10.1994, BGBl. I, pág. 3186.

lar? Entonces, el autor debería pasar por ser sometido a control con base en los hechos por él cometidos hasta el momento; de lo contrario, la seguridad quedaría perturbada. Esto se correspondería con la reflexión de GROLMANN¹⁸⁹. Las argumentaciones correspondientes al lado cognitivo de la vigencia de la norma y para el aseguramiento del autor, sin embargo, sólo de modo aparente discurren en paralelo; pues la pena tiene lugar como prestación de la persona, que también podría ser realizada de modo voluntario mediante su sometimiento (ya se mencionó esto con anterioridad¹⁹⁰), mientras que un autor que fue peligroso, que ahora se sometiera voluntariamente, ya no necesitaría de aseguramiento alguno, porque sería fiel al ordenamiento. Dicho de otro modo: el aseguramiento sólo puede concebirse como prestación *externa*, no como prestación del delincuente, y por ello, tampoco como prestación personal, sino exclusivamente como coacción¹⁹¹.

El problema de legitimación, como antes se ha dicho, es qué es lo que el Estado puede hacer cuando un autor manifiesta un comportamiento que excluye que en el futuro se confíe en el cum-

¹⁸⁹ Cfr. el texto correspondiente a las notas 166 a 175.

¹⁹⁰ Cfr. el texto correspondiente a la nota 148.

¹⁹¹ Por lo tanto, aquí no se sigue la equiparación hecha por KANT del delincuente con aquel que no admite someterse a una constitución civil (Zum ewigen Frieden, 2ª edición, 1796, en: como en nota 37, tomo 6, págs. 191 y ss., 203 y ss.).

plimiento de la norma. Cuando un delincuente de estas características es sometido a custodia de seguridad, o ve limitada su libertad, bajo el rótulo «pena», por más tiempo del que es necesario por el hecho ocurrido, no es tratado como una persona en Derecho —pues si así fuera, sería inadmisibile que se adopte la perspectiva de los hechos *venideros*—, sino que el aseguramiento se dirige contra él en cuanto individuo peligroso; por lo tanto, en esa medida se le despersonaliza jurídicamente. La expectativa jurídica de una conducta personal pierde su carácter real, como cabe apreciar en el hecho de que ya no se permite que pueda producirse el supuesto de una potencial defraudación de la expectativa. Ciertamente, puede mantenerse la pretensión abstracta de que el afectado debe regirse por las normas jurídicas, es decir, que en el plano abstracto, conceptual, es posible que el delincuente asegurese mantenga como persona; sin embargo, el trato real que se le dispensa se convierte en el trato a un enemigo. Dicho a través de un ejemplo: quien es sometido a custodia de seguridad no es privado de libertad a causa de su realidad personal desarrollada, sino por sus presumibles delitos futuros. Con una creciente exclusión, los hechos ulteriores del enemigo se convierten en perturbaciones de un orden —en lo que a él se refiere— ya sólo cognitivo; la confirmación de la norma cede ante la administración de seguridad¹⁹². Esta

¹⁹² Sobre lo que sigue JAKOBS, Kommentar zu: Das

despersonalización: —esto debe destacarse— se produce de modo puntual, exclusivamente en lo que se refiere al posible uso defectuoso de la libertad. Por lo demás, la personalidad jurídica queda incólume¹⁹³; en un ejemplo, el delincuente a asegurar mantiene su derecho a su integridad corporal, a su propiedad y debe pagar impuestos.

La descripción probablemente más precisa del problema es debida a KANT¹⁹⁴. En el «estado cívico-legal», dice KANT, una persona me da seguridad por haber «entrado en él»; esta seguridad me debe bastar mientras no sea «lesionado activamente». Sin embargo, quien permanece en el estado de naturaleza no presta garantía «y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi

Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit, en: ESER *et al.* (ed.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, págs. 47 y ss., 51 y ss. (= en: MUÑOZ CONDE [ed.], *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004); *idem*, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en: HSU, YUHSIU (ed.), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure. An Anthology in Memory of Professor Fu-Tseng Hung*, Taipei, 2003, págs. 41 y ss. (= en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, págs. 21 y ss.); *vid.* también *idem*, Norm (nota 147), págs. 109 y ss.

¹⁹³ Respecto del carácter relativo del *status de persona*: JAKOBS, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, en: PRITTWITZ *et al.* (ed.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, págs. 559 y ss., 561 y s.

¹⁹⁴ KANT, como en nota 191; respecto de ulteriores modelos, *vid.* JAKOBS, *Bürgerstrafrecht* (nota 192), págs. 43 y ss.

lado, si bien no de manera activa (facto), sí por la ausencia de legalidad de su estado (statu iniusto)». KANT, por lo tanto, describe el estado de enemistad como HOBBS el de la guerra: del mismo modo que, según HOBBS, el ser del mal tiempo no sólo se manifiesta en chubascos, sino ya en la tendencia hacia ellos, el ser de la guerra no sólo se muestra en acciones de combate, sino ya en «la disposición conocida a ello, durante todo el tiempo en el que no se pueda estar seguro de lo contrario»¹⁹⁵. De modo plenamente paralelo, en KANT el «*status iniustus*» ya supone una lesión de mi derecho, y por ello tengo derecho a quien en él permanece a someterse a la Ley general «o huir de mi vecindad»¹⁹⁶.

Quien no admite someterse a una constitución civil puede lícitamente ser obligado a la separación, siendo aquí indiferente, a la hora de plantear la cuestión de la legitimación de las medidas de salvaguardia, que se expulse al enemigo del país o que sea arrojado, a falta de posibilidad de destierro, a la custodia de seguridad, o sometido a una «pena» de aseguramiento, u otras posibilidades. En todo caso, el Derecho no debe renunciar a causa del sujeto que persiste en su conducta desviada a alcanzar realidad; dicho de otro modo, quien no presta la garantía cognitiva de que se comportará como persona en el Derecho, tam-

¹⁹⁵ HOBBS (nota 13), pág. 96 (capítulo 13).

¹⁹⁶ KANT, como en nota 191.

poco debe ser tratado como persona en el Derecho. Esto, en la concepción de KANT, sin embargo, no significa que pueda ser sometido a un tratamiento arbitrario; pues todo individuo mantiene, en su opinión, su personalidad *innata*, y de ello deriva que no es un arbitrio lo que decide sobre el trato a darle, sino la necesidad de asegurarse de él con el fin de establecer la realidad del Derecho. Por lo tanto, se trata, *en primer lugar*, sólo del aseguramiento de relaciones jurídicas, no de la destrucción arbitraria de otro. *En segundo lugar*, sólo está permitido asegurarse frente a los delitos precisamente del otro determinado. De este modo, se excluye que se quiera dar en el enemigo un ejemplo que intimide a terceros; pues en tal caso, se usaría al enemigo como instrumento para alcanzar un fin, confundiéndolo «entre los objetos del Derecho de cosas»¹⁹⁷.

Por lo tanto, KANT coloca previamente a la persona en Derecho; al ciudadano, otra personalidad a tener en cuenta por el Derecho, ésta prácticamente como *character indelebilis*. Si no se le sigue en este punto, las limitaciones en el trato con el enemigo sólo podrán ser representadas como *auto-restricciones* del Estado orientadas a la obtención de determinados fines. Se representa como dispuesto a la reconciliación y mantiene abierta la puerta para quien tenga voluntad de retornar, como cabe apreciar, especialmente, en que

¹⁹⁷ KANT, como en nota 40.

no priva al sujeto a asegurar de todos los derechos, es decir, que no le despersonaliza globalmente, sino sólo aquellos derechos cuya privación es necesaria para mantener la realidad del Derecho, al menos en una sociedad en la que el enemigo ya no está. Si bien el trato con el enemigo es guerra, se trata de una guerra estrechamente delimitada. Si el enemigo incrementa su peligrosidad, sin embargo, también aumentará su despersonalización; los prisioneros de Guantánamo son un ejemplo de la pérdida de límites de esta guerra.

B. PERSONAS COMO ENEMIGOS

Ciertamente, que se complemente la pena impuesta a una persona en Derecho, a un ciudadano, con la reacción frente a un enemigo resultará insoportable a aquellos que buscan el Derecho por doquier y se aseguran a sí mismos tenerlo directamente, es decir, que confunden el concepto del Derecho y su idea, pero ello es inocuo para el Derecho, es decir, que no perturba su realidad, más o menos fragmentaria o perfecta, con tal de que este complemento no sólo sea necesario (elimine un obstáculo de la libertad), sino también sea claramente identificado como reacción contra un enemigo. Si, sin embargo, el Derecho penal del ciudadano y el del enemigo se mezclan, existe el riesgo de que la laxitud de límites del Derecho penal del enemigo se extienda también en el Derecho penal

del ciudadano. Expondré este riesgo con base en un ejemplo: el caso de los actos preparatorios en el que hace ya mucho tiempo que aquél se ha convertido en un daño. Que éstos fueran impunes en el siglo XIX¹⁹⁸ estaba en armonía con la afirmación *kantiana* de que el sometimiento a una constitución civil ofrece suficiente garantía de seguridad. En este sentido, en particular el Código penal prusiano de 1851 y el Código penal para el Reich de 1871 no conocían punición alguna de los actos preparatorios aislados. Sólo después de que en la llamada «lucha por la cultura»* un belga llamado *Duchesne* se hubiera ofrecido frente al provincial jesuita de Bélgica y al Arzobispo de París a asesinar a *Bismarck* a cambio del pago de una elevada suma de dinero, se introdujo un precepto que amenazaba tales actos preparatorios —en caso de delitos gravísimos, con pena privativa de libertad de tres meses hasta cinco años, y, en el caso de los demás delitos¹⁹⁹, con pena de prisión de hasta dos

¹⁹⁸ Cfr. los detalles en J.-D. BUSCH, *Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49a StGB*, 1964.

* *Kulturkampf*; el conflicto político mantenido a finales del S. XIX entre el Estado alemán, unificado en 1871 bajo la hegemonía de Prusia, y la iglesia católica, en torno, sobre todo, a la cuestión de las relaciones entre matrimonio civil y religioso y a la enseñanza. (n. de los t.).

¹⁹⁹ Aquí no como concepto de delito, sino como denominación de infracciones criminales graves; cfr. hoy § 12, párr. 1 StGB (pena mínima amenazada: un año de pena privativa de libertad).

años²⁰⁰ — una regulación que, teniendo en cuenta su leñidad, no tomaba en consideración lo peligrosa que pudiera ser la actuación futura de un enemigo, sino aquello que el autor ya ha destruido a través de la mera preparación: la seguridad pública. En 1943 (?!), el marco penal quedó vinculado al de los hechos planeados²⁰¹; así, el delito contra la seguridad pública se convirtió en un acto preparatorio punible, y esta modificación no se ha derogado hasta el día de hoy, de manera que, por ejemplo, los cónyuges que se comprometan mutuamente, durante una conversación nocturna en su dormitorio, a matar próximamente a un tío rico del que esperan heredar, son amenazados sólo por ello con una pena privativa de libertad de tres hasta 15 años²⁰²; la irrupción en la esfera íntima²⁰³ de los ciudadanos es evidente. Lo que posiblemente sea adecuado en el caso de traidores a la patria²⁰⁴, terroristas u otros enemigos, por principio, del ordenamiento jurídico —es decir, su tratamiento como enemigos

²⁰⁰ §§ 49a, 16 RStGB después de la reforma de 1876.

²⁰¹ Con una atenuación facultativa como en el caso de la tentativa, §§ 49 párr. 1.º, núm. 1, 38 párr. 2 StGB.

²⁰² §§ 30, 211, 49 párr. 1.º núm. 38 párr. 2 StGB; la atenuación, hoy *obligatoria*, se ha tenido en cuenta en el marco penal mencionado en el texto.

²⁰³ JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW 97, (1985), págs. 751 y ss. (= en: JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, págs. 293 y ss.).

²⁰⁴ HOBBS (nota 13), pág. 242 (capítulo 28): «Pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión del sometimiento».

que hay que asegurar— se extiende aquí a cualquier caso de planificación de un delito.

También es lamentable que el legislador con frecuencia introduzca regulaciones destinadas a enemigos —como, por ejemplo, la prohibición de creación de una asociación criminal o terrorista²⁰⁵—, o aquellas que también pretenden, entre otros fines, afectar a los enemigos —piénsese en las leyes, ya mencionadas, de «lucha»—, con sus elevadas amenazas de pena, destinadas a la salvaguardia y quizás también a la intimidación general, en «cualquier sitio» del Código penal, es decir, sin una clara delimitación frente a otros delitos. Si, por ejemplo, el terrorista recibe un *—sit venia verbo—* suplemento de aseguramiento, sobre la pena que es necesaria para el mantenimiento de la vigencia de la norma ¿por qué no el molesto ladrón, a enjuiciar conforme al mismo Código? Si se procede de ese modo, el orden conforme al cual el delincuente debe tratarse normalmente como persona en el Derecho pierde su claridad porque las excepciones no se identifican y separan con claridad suficiente, de modo que se forma la tendencia de conjunto de dejar dominar lo adecuado a la obtención de fines, como al principio se mostró con ejemplos de la filosofía del Derecho penal de la Ilustración. Dicho de otro modo: quien no diferencia con claridad entre enemigo y delincuente civil no debe sorprenderse si confunde los

²⁰⁵ §§ 129, 129a StGB.

conceptos «guerra» y «proceso penal». En este último, el Derecho penal espera a que el autor exteriorice su hecho, es decir, que al menos lo intente; en aquélla se hace todo lo necesario para alcanzar el fin. Así, por ejemplo, conforme al Derecho vigente, la pena afectará al autor individual de un homicidio doloso cuando se disponga inmediatamente a cometer el hecho, mientras que el cabecilla de una asociación terrorista sufrirá una pena más grave (aunque poco) incluso años antes del hecho, planeado de modo más o menos vago²⁰⁶.

C. ENEMIGOS COMO PERSONAS

Igual que resulta deshonesto evitar la difícil legitimación del Derecho penal del enemigo introduciéndolo (más exactamente: escondiéndolo) de modo más o menos clandestino en el Derecho penal del ciudadano —en vez de ubicarlo en una posición autónoma—, resulta deshonesto abusar del carácter evidente del Derecho penal del ciudadano declarando ciudadanos a los enemigos, lo que, sin embargo, ocurre con cierta frecuencia en tiempos modernos, como se pretende mostrar a continuación y en último lugar.

²⁰⁶ El cabecilla será penado conforme al § 129 a párr. 2 StGB con pena privativa de libertad no inferior a tres años (!), lo que debe completarse de acuerdo con el § 38 párr. 2 StGB; hasta 15 años. El autor de una tentativa de homicidio igualmente sólo podrá ser castigado como máximo con 15 años de pena privativa de libertad (§§ 212 párr. 1, 23 párr. 2 StGB), pero la pena mínima «sólo» es de dos años (§§ 212 párr. 1, 23 párr. 2 StGB, 49 párr. 1 núm. 1 StGB).

Toda institución normativa necesita de apoyo cognitivo para ser real; esta cuestión ya se ha abordado. También un ordenamiento jurídico debe tener ese apoyo cognitivo; pues sólo si se impone efectivamente a grandes rasgos podrá ofrecer orientación. En contraposición con esto; sin embargo, se encuentra el postulado, hoy común, de que en cualquier lugar del mundo existe un orden mínimo jurídicamente vinculante, de acuerdo con el cual las vulneraciones de los derechos humanos elementales constituyen injusto punible con independencia de dónde ocurran. Teniendo en cuenta los tribunales internacionales creados últimamente, no puede negarse a este postulado cierto grado de realidad en el lado de la *persecución penal*. Sin embargo, en absoluto es correcto que los derechos humanos ofrezcan orientación real en los lugares de comisión de los hechos. Por ello, la punición no sirve al *mantenimiento* de la vigencia de la norma, sino a su *establecimiento*. Esto, desde luego, no debe ser objeto de crítica en todos los casos, pero debe denominarse con precisión y elaborarse en el plano teórico, en particular, en lo que se refiere al *status* del autor y posterior acusado: si se pretende establecer un orden, el autor no puede haber sido ya previamente ciudadano del mismo.

Si una situación en Derecho aún no se ha establecido, se trata del estado prejurídico, es decir, precisamente, el estado de naturaleza, y en él no hay personalidad jurídica. Por ello, de por sí,

contra los que vulneran los derechos humanos —quienes por sí mismos ciertamente no ofrecen seguridad suficiente de que se comportarán como personas en el sentido del Derecho— está permitido todo aquello que está permitido en el estado de naturaleza para conseguir que una constitución civil adquiera carácter real, y esta autorización amplia es utilizada en la *praxis*, empezando por hacer la guerra, y no enviando tan sólo a la policía para ejecutar una orden de detención. Una vez que se tiene al autor, desde luego, se cambia el Código penal y el Código procesal penal como si se tratara de un hecho cometido por celos o de otros conflictos civiles parciales similares. Por lo tanto, se declara al autor persona en Derecho para poder establecer la ficción de una vigencia universal de los derechos humanos como algo ya real, presente de acuerdo con su idea, y se elude el problema de cómo el orden aún por establecer podría legitimarse como orden universal. Sería más sincero distinguir entre el *establecimiento* de un orden y su *mantenimiento*, con lo que también se percibiría con claridad que el autor no proviene de la sociedad que le condena —ni Milosevic ni, en su tiempo, el «ciudadano» Capet—. Este discurso, desde luego, no se dirige contra la intención de establecer derechos humanos de vigencia universal; lo único es que habría que saber lo que se hace si en ese proceso se causa dolor: no se pena a ciudadanos, sino se trata a enemigos.