

Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO
Universidad Complutense, Madrid

*A Clara,
por lo que sabemos.*

SUMARIO: Introducción.—Capítulo primero: Dos modelos de Derecho penal: Protección de bienes jurídicos vs. protección de la vigencia del ordenamiento jurídico. I. Modelos genéricos de protección y fines del Derecho penal. II. Fines del Derecho penal y fines de la pena. III. Función directiva de conductas vs. estabilización social. Capítulo segundo: Los fines del Derecho penal. I. Las teorías de la prevención general. 1. Introducción. 2. Criterios de legitimación. A. Legitimación instrumental. B. Legitimación valorativa. 3. Las teorías de la prevención general positiva. A. La misión ético-social. B. El fin de integración. C. La protección de la vigencia de la norma. 4. La prevención general negativa. II. Bases de una teoría liberal del Derecho penal. 1. Liberalismo vs. comunitarismo. A. Introducción. B. Liberalismo político frente a comunitarismo. a) La concepción liberal. Autonomía privada y autonomía pública. El contrato social. b) El concepto de persona. aa) Sujeto vinculado vs. sujeto reflexivo. Concepto normativo de persona. bb) Persona como «persona de Derecho» y el respeto a las normas. cc) Persona como «persona del Derecho» y la fundamentación de las normas. c) Sociedad y Estado. El problema de la estabilidad. 2. Los fines del Derecho penal desde el liberalismo político. A. Presupuestos de un Derecho penal liberal. Consideraciones críticas sobre las teorías de la prevención general. B. Prevención y garantías. Soluciones de síntesis, soluciones de conflicto y el doble fin del Derecho penal. C. Los fines del Derecho penal. Toma de postura. a) Fundamentación de las normas penales. b) El concepto de persona como destinatario de las normas. c) Razones para el respeto de las normas y el problema de la estabilidad. d) El fin del Derecho penal como protección de la vigencia de las normas. e) Los fines preventivos del Derecho penal: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de las normas. Abreviaturas y Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

A tenor de las implicaciones éticas y filosóficas que el instrumento público de la pena conlleva, la discusión sobre la justificación del castigo obliga al jurista a adentrarse en ámbitos de conocimiento que trascienden el marco propio de la dogmática jurídico-penal, ámbitos que van desde la filosofía a la sociología, pasando por la psicología o la ética. Ello no es, ciertamente, algo novedoso en la discusión sobre la pena: baste citar las despedidas y bienvenidas a Kant y Hegel, o la ya clásica introducción de las ciencias sociales en el Derecho penal, para cuyo estudio en la actualidad resulta obligado un mínimo contacto con autores como Freud o Luhmann. Más genéricamente, es indudable que los diferentes fines que se han venido atribuyendo al castigo por parte de la doctrina adquieren su origen y justificación de determinados postulados filosófico-políticos. Ello no puede extrañar a quien esté familiarizado con los términos del debate. El castigo penal, dada su terrible incidencia en las libertades básicas del ciudadano, es el más contundente de cuantos medios dispone el Estado para regular y organizar las relaciones sociales. Esa particularidad de la sanción penal, obliga, en primer lugar, a un especial detenimiento en lo tocante a su legitimación desde parámetros ético-políticos: dicho todavía muy genéricamente, la producción de un mal de tal calibre sólo podrá justificarse si ello revierte en un bien mayor. En segundo lugar, será imprescindible, para una discusión sobre la materia consecuente con sus implicaciones políticas, poner de manifiesto y asumir la íntima relación existente entre el modelo de Estado y la concepción sobre el fundamento y fin del *ius puniendi*.

Son esas razones las que me han llevado a intentar enfocar el estudio sobre los fines del Derecho penal desde el actual marco de discusión de la filosofía política, intentando vincular los presupuestos de las diversas concepciones del *ius puniendi* a la oposición entre las doctrinas del *liberalismo* y el *comunitarismo*. Esa oposición, que puede en sus orígenes reconducirse al binomio Kant-Hegel, respectivamente, viene a enfrentar dos formas hasta cierto punto irreconciliables de concebir la justificación y labor del Estado y las relaciones de éste con los ciudadanos, así como las exigencias que debe cumplir una sociedad para aspirar a un grado razonable de estabilidad. A partir de estos dos prismas capitales, la discusión incidirá en cuestiones de tan hondo calado en el Derecho penal como son las relaciones entre Derecho y Moral, las tensiones entre el individuo y el colectivo, la

concepción de la persona como destinatario de las normas, así como, en suma, el trato que el Estado debe dispensar a ésta y la propia justificación del Derecho penal en la sociedad. Si esta perspectiva de análisis de los fines del Derecho penal, no tan novedosa como pudiera parecer, es en algún modo fructífera, debe quedar al juicio del lector. De cualquier modo, considero que cabe hablar de un Derecho penal liberal y de un Derecho penal comunitarista, y que esa caracterización puede servir, al menos, para poner alguna luz sobre las relaciones entre los discursos legitimatorios del *ius puniendi* y sus respectivos ascendentes ideológicos.

En cualquier caso, la adopción de dicha perspectiva en la tradicional discusión sobre los fines de la pena no vendrá a modificar los referentes clásicos de la misma; así, el estudio seguirá la senda habitual del debate, ordenándose en torno a la prevención general negativa y positiva, en lo que a las *teorías de la pena* se refiere, al conflictivo binomio *culpabilidad-prevención*, así como a los *fines del Derecho penal*.

CAPÍTULO PRIMERO

Dos modelos de Derecho penal: Protección de bienes jurídicos vs. Protección de la vigencia del ordenamiento jurídico

I. MODELOS GENÉRICOS DE PROTECCIÓN Y FINES DEL DERECHO PENAL

No es puesto en duda por ningún sector doctrinal que el Derecho penal persigue un fin genérico de *protección*, si bien en lo que ya no existe consenso es en la cuestión de qué es lo que ha de ser protegido. Dos son las alternativas que dan respuesta a esa cuestión: protección de bienes jurídicos o protección (de la vigencia) del ordenamiento jurídico; modelos del *ius puniendi* que, en cualquier caso, representan sólo una aproximación muy genérica a la caracterización de los fines concretos del Derecho penal, por lo que deben hacerse algunas consideraciones previas, en aras de concretar las razones y los contornos de dicha dualidad.

Por un lado, sabido es que la práctica totalidad de la doctrina atribuye al Derecho penal el fin de protección de bienes jurídicos, por lo que parecería superfluo operar con dicha oposición. No obs-

tante, sabido es también que un creciente sector doctrinal persigue ese fin precisamente a través de la protección *inmediata* del ordenamiento jurídico, operando como medio para el fin ulterior de protección de bienes jurídicos y, no obstante, elevándose a fin mismo, si bien intermedio, del mismo, y que otro sector doctrinal, cada vez más en auge, prescinde totalmente del fin de protección de bienes jurídicos.

En segundo lugar, el modelo de la protección del ordenamiento jurídico responde a una determinada concepción material de la labor que debe cumplir el Derecho penal, por lo que su razón de ser atiende a presupuestos valorativos de legitimación. No obstante, dado ese carácter genérico, no explicita todavía cómo ha de ser llevado a cabo dicho fin de protección, cuáles son los efectos concretos que se predican de los medios que el Derecho penal tiene a su disposición —norma y sanción— para llevar el mismo a cabo. En este sentido, debe resaltarse que la teoría de la prevención general positiva, que viene a ser el trasunto del modelo de la protección del ordenamiento jurídico, no es un fin unitario, sino que dentro de la misma pueden encontrarse diferentes comprensiones materiales, inferidas, a su vez, de diversas concepciones filosófico-políticas. Por ello, la concreción del propio fin genérico de la protección de la vigencia del ordenamiento dependerá de cómo se conciba ese ordenamiento —si, por ejemplo, como la expresión de los valores ético-sociales de la comunidad social o como un conjunto de expectativas normativas de seguridad— por las diferentes concepciones. Y es dado ese hecho por lo que la oposición genérica de ambos modelos no podrá servir para sentar las bases de la discusión relativa a la legitimación ideológica e instrumental de los fines de la pena, sino que para ello la discusión habrá de orientarse en torno a las concretas teorías de la prevención, desgranando en sus diferentes versiones la de la prevención general positiva. No obstante, entre todas estas versiones se dan también una serie de características comunes que permiten agruparlas bajo esa rúbrica de la «protección de la vigencia del ordenamiento» y distinguirlas, a su vez, del modelo de protección de bienes jurídicos. Y ello en especial porque una primera coincidencia mínima es precisamente el que todas esas versiones sitúan en un segundo nivel o directamente rechazan el fin de protección de bienes jurídicos.

Pero no es sólo esta característica citada la que permite agrupar las diferentes teorías de la prevención general positiva bajo un modelo unitario. Antes de entrar a destacar sus diferencias, conviene, a modo introductorio, plantear esas similitudes.

II. FINES DEL DERECHO PENAL Y FINES DE LA PENA

Es indudable que cuando se plantea la misión que desempeña en sociedad el Derecho penal, el primer objeto de análisis que tiende a establecerse es la pena. La sanción penal, caracterizada por su contundencia frente a otros medios de organización social u otro tipo de sanciones jurídicas, es, en buena medida, la carta de presentación del Derecho penal, así como su factor diferenciador esencial frente a otras instancias de control. Además, la restricción coactiva de derechos esenciales que la pena conlleva, rodea a su discusión de cuestiones de índole valorativa, atinentes a la justificación ética de dicha práctica social (1). En consecuencia, la legitimación misma del Derecho penal se hará depender, en gran medida, de la legitimación de la institución social de la sanción penal (2).

No obstante, en la discusión científica tienden a distinguirse los fines de la pena de los fines del Derecho penal, estableciéndose en una ordenación jerárquica de medios a fines. Así, expresándolo genéricamente y siguiendo a la mayoría de la doctrina, puede decirse que el fin de la pena es la prevención de acciones, pero este fin sólo es, a su vez, medio para un fin ulterior, el del Derecho penal, consistente en la protección de bienes jurídicos.

En cualquier caso, con la introducción en el debate de las teorías de la prevención general positiva, dicha diferenciación jerárquica entre fines de la pena y fines del Derecho penal tiende a diluirse. En los planteamientos doctrinales sobre estas teorías, surge la duda de si cuando se habla de prevención general-positiva estamos ante un fin de la pena, medio para el fin ulterior del Derecho penal; o si, en cambio, nos hallamos ante un fin del Derecho penal en sí mismo. De una parte, significativos defensores de dicho fin de la pena, lo reconducen a fin único del Derecho penal (3), abandonando completamente el de la protección de bienes jurídicos.

(1) Ello ha motivado que el castigo haya sido siempre objeto de estudio, no sólo desde el Derecho penal, sino asimismo desde la filosofía del derecho y la ética. Como ejemplo pueden verse, entre otras, las obras de RAWLS, *Two concepts of Rules*; TEN, *Crimen y castigo*; BETEGÓN, *La justificación del castigo*; o el capítulo cuarto: «*Das Problem staatlichen Strafens*», del libro compilado por HOERSTER, *Recht und Moral*.

(2) Cfr., por ejemplo, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 59: «No en vano se ha repetido hasta la saciedad que “el problema” del Derecho penal todo, en el fondo, comienza y se agota en el fundamento y fin de la pena», citando ulteriores referencias.

(3) Jakobs, por ejemplo. Cfr. JAKOBS, AT 1/1 ss. y 2/22 para una crítica a la protección de bienes jurídicos. También sus discípulos: cfr. por todos, claramente LESCH, *Das Problem*, p. 249: «la misión del Derecho penal se rige por la función de la pena».

cos. Pero cierto es también, de otra, que no menos significativos partidarios de las mismas la configuran dirigida al fin ulterior –y, por tanto, como medio– de la protección de bienes jurídicos. Así, es sabido que el propio Welzel (4) era de la opinión de que sólo la protección de los valores ético-sociales de la actitud interna, si bien es fin primordial del Derecho penal, podía ejercer adecuadamente el fin de protección de bienes jurídicos. E intérpretes del primero, como Roxin o Hassemer (5), han puesto de manifiesto que la protección de los valores de la actitud jurídica no puede situarse como fin anterior (Welzel) o de igual rango [Jescheck (6)] que la protección de los bienes jurídicos, sino que ha de servir únicamente a esta misión. A pesar de todo, cuando se procede a su estudio, en no pocas ocasiones la prevención general positiva se hace equivaler con los fines del Derecho penal, antes que con (o junto a) los fines de la pena (7).

Ello es debido al hecho de que, a diferencia de la prevención general «clásica», de intimidación, cuya función es la mera evitación de acciones, las funciones atribuidas por las diferentes concepciones de la prevención general positiva parecen perseguir ya un bien (y por ello un fin) en sí mismo. Las mismas rúbricas de «negativa» y «positiva» insinúan ya esta idea. Para explicitar esta cuestión puede sernos útil la noción de «protección», preguntándonos qué es lo que se protege en cada comprensión de la prevención general. Así, desde el «*fin ético-social*», primera versión de la prevención general positiva, lo protegido, como objeto inmediato, son los valores esenciales que subyacen tras las normas, los cuales conforman el orden social, y coadyuvan a su cohesión; desde el «*fin de integración*» se protege la cohesión del organismo social, cuya unidad valorativa y afectiva es considerada como un bien en sí mismo; desde el «*fin de protección de la expectativa normativa*», por último, se protege la vigencia de la norma, lo que permite la orientación segura en los contactos

(4) StR, p. 3

(5) ROXIN, AT 2/35,36; HASSEMER, *Theorie*, pp. 87 ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, pp. 101-102.

(6) JESCHECK, PG, pp. 6-7.

(7) Además de la ya citada postura de Jakobs, pueden citarse al propio HASSEMER, *Generalprävention*, p. 40; el mismo, *Einführung*, pp. 295 y 296 (como mantenimiento de la vigencia de la norma); el mismo, *Fines de la pena*, pp. 133-134 (en su función de integración); NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 34; SCHÖCH, Jescheck-FS, pp. 1083-1084; CALLIES, NJW 1989, p. 1339; HÖRNLE/v. HIRSCH, GA 1995, p. 261.

sociales. En cambio, del «fin de intimidación» no podemos obtener un objeto de protección reconducible al mismo; no hay, en otras palabras, un bien inherente al hecho de intimidar, sino que éste ha de ser argumentado desde consideraciones exteriores a dicho fin de la pena: se intenta evitar la realización de determinadas acciones en atención a la potencialidad lesiva que conllevan para determinados intereses sociales, que será el objeto protegido en última instancia. Dicha fundamental diferencia entre la prevención general negativa y la positiva, la cual permite calificar a la segunda no sólo como fin de la pena sino como fin mismo del Derecho penal, es, de forma similar, resaltada por Neumann/Schroth: «La teoría de la prevención general positiva tiende cuanto menos a localizar el cometido de la pena en un distinto y superior nivel al de la teoría de la prevención de intimidación. Y ello porque la estabilización de la norma a través de la sanción de conductas desviadas no es únicamente un medio de evitación de hechos punibles, sino que aparece como funcional para el fin más amplio de la estabilización de la sociedad como tal. Es decir: mientras que la teoría de la intimidación enjuicia la efectividad de la pena exclusivamente desde el punto de vista de la posible limitación de la criminalidad, para la teoría de la prevención general positiva la pena tiene, más allá de la profilaxis de la criminalidad, una función más amplia, positiva: la estabilización de normas sirve, no sólo por medio de la limitación de los márgenes de criminalidad, a la integración y con ello a la estabilización de la sociedad» (8).

Ya mencionamos que, como consecuencia de la elevación a fin mismo del Derecho penal de lo protegido inmediatamente por la pena por las diferentes versiones de la prevención general positiva, se ha producido, en mayor o menor medida, el abandono o en todo caso el desplazamiento del fin clásico atribuido al Derecho penal de protección de bienes jurídicos, junto o frente al cual se han situado el abanico de fines que sucintamente acaban de ser mencionados. Debe, no obstante, resaltarse desde ahora que ello no implica que, de entre los modelos genéricos más arriba citados, la opción por el fin de protección de bienes jurídicos haya de abocar forzosamente al rechazo de todo lo que es incluido en el término de prevención general-positiva, habiendo de identificar entonces dicho fin del Derecho penal con el fin de la pena de la intimidación como medio de aquél. Por lo pronto, como hemos visto, algunos partidarios de la prevención general-positiva

(8) NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 34.

tiva conciben este fin de la pena precisamente como un más efectivo mecanismo para la consecución del fin de protección de bienes jurídicos. Más en general, y como se mantendrá en estas páginas, alguna de las versiones incluidas en dicho fin de la pena pueden concebirse como medio o bien como parte integrante del fin superior de la protección de los bienes jurídicos.

Por último, conviene resaltar aún otra razón por la que resulta relevante la distinción entre los fines de la pena y los fines del Derecho penal; ésta viene dada por el hecho de que el Derecho penal puede estar legitimado para abarcar otra finalidad, dirigida, junto a la protección de potenciales víctimas, a la protección de los potenciales delinquentes frente al poder estatal y, por ello, externa a la dirección preventiva que caracteriza a los fines de la pena. Dicho fin del Derecho penal, situado al mismo nivel axiológico que el de protección de bienes jurídicos, concurriría entonces en una relación dialéctica con él mismo, ya que sus intereses van en opuesta dirección (9).

III. FUNCIÓN DIRECTIVA DE CONDUCTAS *VERSUS* ESTABILIZACIÓN SOCIAL

Dentro de esas características comunes merece mencionarse también la relativa a la diferente forma de operar la pena en sociedad. A diferencia de la prevención de intimidación, dirigida a los *potenciales delinquentes* con el único fin de motivar en contra de acciones delictivas, es decir, a la contención de la criminalidad, la prevención general positiva tiene sus destinatarios esencialmente en el conjunto de la sociedad, pero considerados, generalmente, como ciudadanos fieles a Derecho o *potenciales víctimas* (10), y el cometido principal no es la disuasión coactiva: negativa, sino que el mensaje que emite la pena

(9) En este sentido se orienta la concepción de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 179 ss., y *passim*. También, por ejemplo, BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 111 ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 136. *Vide infra*, Capítulo Segundo, II, 2, B.

(10) Así, afirma por ejemplo PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 36, que el auge experimentado por la prevención general positiva aparece «coherentemente con la evolución de las ciencias penales al introducir la perspectiva de la víctima, si bien no como víctima individual y concreta, sino como víctima potencial y difusa». En similar sentido, VOSS, *Gesetzgebung*, p. 113, respecto de la prevención de integración desde criterios de psicología profunda. Vid. también MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 341: Desde la prevención general positiva, «El Derecho penal no se dirige primordialmente al delincuente, sino a la “gente honrada”».

tiene, como ya mencioné, carácter «positivo»: mantenimiento del valor ético-social en la conciencia de la colectividad, restablecimiento de la paz social o confirmación de la vigencia de la norma. Pérez Manzano expresa esta idea de la siguiente forma: «Al afirmar que el fin de la pena es la estabilización de la conciencia social de la norma, se está pensando en los sentimientos de la sociedad despertados por el delito, en cuanto que cada particular se siente víctima potencial de futuros atentados contra la propiedad, integridad física, etc... En la prevención general positiva, el eje subjetivo alrededor del cual se construye la solución penal no es el delincuente, sino la sociedad considerada como un macrosujeto activo que siente y padece el conflicto y que, por tanto, tiene derecho a participar o ser tenido en cuenta en la solución del mismo» (11). Dicha atención primordial a la sociedad como conjunto de víctimas o de ciudadanos fieles a Derecho frente a la centrada en los potenciales delincuentes conlleva además el otorgamiento del peso teleológico al momento de imposición de pena, en el cual ese «diálogo» entre pena y colectividad lesionada es más intenso, en detrimento del momento preventivo de la amenaza de pena, en el cual el mensaje valorativo o coactivo va esencialmente dirigido a potenciales delincuentes. Ello —a lo que volveré y matizaré después— se manifiesta además en la vinculación existente entre las teorías de la prevención general positiva con la retribución (12): así, mientras que

(11) PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 36; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 91: «Para la teoría de la prevención general-positiva —como sucede con todas las teorías simbólicas— destinatario de la pena no es el infractor potencial (prevención general «negativa»), ni el delincuente (prevención «especial»), sino el ciudadano honesto que cumple las leyes, la opinión pública». En el mismo sentido, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 98: «La teoría de la prevención general positiva va referida, a diferencia de la clásica teoría preventivo general, a la función social de la pena, no a la psicológico-individual». En general sobre este cambio de orientación, JAKOBS, AT 1/15; PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, pp. 20 ss.

(12) La proximidad entre la retribución y la prevención general positiva ha sido puesta de manifiesto ampliamente por la doctrina. Por un lado, se llega a dudar si alguna vez fue defendida la retribución como «desvinculada de todo fin». Así, HASSEMER, *Fines de la pena*, p. 126, quien habla de la paradoja de la «persecución de fines y negación de fines» propia de las teorías retributivas; FROMMEL, Schüler-Springorum-FS, p. 271: «La pena en el modelo clásico de retribución es... protección de la norma. La teoría era y es *preventiva*: su *finalidad* es el *mantenimiento de la autoridad de la ley lesionada*». (Cursivas en el original). En este sentido, ya JELLINEK, *Die sozialethische Bedeutung*, p. 96. Cfr., además, LUZÓN, *Medición*, p. 36, afirmando que la prevención general positiva no es otra cosa que retribución teñida de tintes psicológico-sociales. Cfr. también OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 269; KAUFMANN, H. Kaufmann-FS, p. 429: «Antiguamente se lo llamaba sencillamente retribución y necesidad de retribución. Hoy se habla de estabilización y necesidad de

la prevención general negativa está orientada exclusivamente al futuro: evitación de futuras acciones, así como también lo está el mismo fin de protección de bienes jurídicos: los ya lesionados no pueden ser susceptibles de protección, sino sólo los que no lo han sido (gráficamente: el pasado no puede modificarse), la prevención general positiva, de igual forma que las teorías retributivas, está esencialmente dirigida al pasado, buscando el restablecimiento, reforzamiento o reafirmación del estado anterior a la lesión de la vigencia del ordenamiento jurídico o a la alteración de la estabilidad psíquica producida por el delito, por lo que es la imposición de la sanción la que pasa a adquirir el protagonismo instrumental (13).

estabilización, porque uno se avergüenza de la expresión “retribución”. Ciertamente, no debe negarse que no todo lo que hoy navega bajo la bandera “prevención general positiva” tiene exclusivamente el sentido de la retribución. Pero su núcleo es retribución, o, si así se prefiere oír, “compensación de culpabilidad”»; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 29; PAPAGEORGIOU, K.A., *Schaden und Strafe*, pp. 32 ss; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 227; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 29: «El fin de la pena aparentemente carente de fines es el restablecimiento de la autoridad del Derecho a costa del delincente a través de la pena ejemplar impuesta en su caso». Asimismo, las teorías centradas en el fin de integración por medio de la satisfacción de instintos colectivos de venganza asumen dicho fin de la pena como «necesidad social de retribución». Cfr., por ejemplo, STRENG, *ZStW* 92 (1980), p. 649; el mismo, *Strafrechtliche Sanktionen*, pp. 8 ss.; ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140. Por lo demás, tanto WELZEL, *StR*, pp. 238 ss., como MAYER, H., *StR*, p. 34, defienden, a partir de la función ético-social, una retribución ajustada a la culpabilidad. También, por último, algunos autores, sin abandonar el marco genérico de la prevención general positiva, pretenden sustituir el término de «prevención» por el de «retribución funcional» (LESCH, *JA* 1994, p. 598) o «retribución simbólica» (KINDHÄUSER, *Strafe*, p. 33).

Por otra parte, también se ha planteado la presencia implícita de un fin instrumental en las teorías de la retribución clásicas. En relación a Hegel, cfr. STRENG, *ZStW* 92 (1980), pp. 640-641; SEELMANN *JuS* 1979, pp. 687 ss. Y, además de la teoría retributiva de Hegel, más susceptible quizá de interpretación consecuencialista —entre otras cosas dada su elevada abstracción expositiva y conceptual—, también la teoría kantiana de la retribución se ha pretendido interpretar desde una óptica utilitarista o, al menos, desde un punto de vista no «categóricamente» retributivo. Sobre ello, puede verse, brevemente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 208-209; más extensamente, BETEGÓN, *La justificación del castigo*, pp. 37 ss.

(13) En este sentido, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 271; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 232. La contraposición entre pena dirigida al futuro y al pasado es resaltada también por LUHMANN, *Die Funktion des Rechts*, p. 73, oponiendo el fin de estabilización de expectativas al pasado y la función de dirección de conductas al futuro, lo cual pone de manifiesto también en esta versión de la prevención general positiva la proximidad estructural con la retribución y, por ello, el acento en la pena impuesta. Si bien no debe confundirse la referencia a la perspectiva retrospectiva con una finalidad absoluta de la pena —mejor: con una ausencia de finalidad— propia de las teorías retributivas clásicas. En otras palabras, la

Antes de concluir, recordemos la característica común de las teorías integradas bajo el supraconcepto de prevención general positiva con que se comenzó: todas, en mayor o menor medida, rechazan o relativizan la protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal. Pues bien, ello es así, entre otras razones, porque, por un lado, lo protegido no es el concreto interés individual, sino la vigencia fáctica o valor ético del Derecho en el ámbito de la sociedad en su conjunto; y, en consecuencia, el daño producido por el delito no es tanto material, como «intelectual» (14), psicológico-social o, en la terminología de moda, «comunicativo-simbólico». A diferencia del daño material a un bien jurídico, ese daño simbólico a la vigencia del ordenamiento sí es susceptible de ser reparado, negando la negación. El pasado, desde esta concepción, sí puede modificarse.

Por último, es preciso mencionar que la discusión sobre los fines del Derecho penal que se pretende acometer en las páginas siguientes no ha de entenderse únicamente como «materia especulativa, filosófica o de teoría de la sociedad», sino que posee, además, «sustancial trascendencia práctica», por el hecho de que, como no puede ser de otra manera (15), la opción por uno de ambos modelos habrá de conllevar relevantes consecuencias dogmáticas, en especial para la diferente concepción del hecho punible. Así, mientras para el modelo de protección de bienes jurídicos, el delito será concebido como «lesión de bienes jurídicos», para el modelo opuesto el delito aparecerá como «lesión del deber» (o de la vigencia de la norma). Ello, a su vez, ven-

mirada al pasado debe interpretarse sólo *estructuralmente*, referida a los mecanismos que se emplean para llevar a cabo la función del Derecho penal: amenaza o imposición de la sanción, y no *funcionalmente*, ya que la pena va dirigida en cualquier caso «hacia el futuro», es decir, a mantener las condiciones necesarias para la pervivencia futura del orden social. Cfr., por ejemplo, MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 141, quien acentúa esta referencia funcional prospectiva de la prevención general positiva.

(14) Cfr. sobre las teorías clásicas basadas en ese daño intelectual del delito, MÜLLER-DIETZ, GA 1983, pp. 481 ss.; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 23 ss. En relación a la teoría de la prevención general positiva, JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 385; PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, p. 25.

(15) Como acertadamente afirma SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 180: «la cuestión de los fines del Derecho penal adquiere una trascendencia nueva para quien, como aquí se hace, adopta un método teleológico-funcionalista en la elaboración de las categorías dogmáticas y del propio sistema de la teoría del delito con todo su aparato conceptual. En efecto, ello convierte a la discusión sobre los fines del Derecho penal, tradicionalmente considerada como materia especulativa, filosófica o de teoría de la sociedad, en algo de sustancial trascendencia práctica, que repercute directamente en la resolución que haya de darse a los casos penales, a través de su encuadramiento en el sistema».

drá a inferir diferentes implicaciones para aspectos de la teoría del delito, como la misma viabilidad del bien jurídico como pauta de interpretación de los tipos penales, la aptitud del criterio del peligro para determinar el mínimo de relevancia penal, la estratificación valorativa del injusto en desvalor de acción y desvalor de resultado, el concepto jurídico-penal de «resultado», etc. (16). En cualquier caso, esas implicaciones dogmáticas no serán objeto de consideración en estas páginas, limitadas a la discusión sobre los fundamentos legitimatorios de la labor del *ius puniendi*.

CAPÍTULO SEGUNDO

Los fines del Derecho penal

I. LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN-GENERAL

1. Introducción

En primer lugar, dedicaremos nuestra atención a la llamada teoría de la prevención general positiva. A pesar de que en ocasiones, especialmente a la hora de su valoración crítica, la teoría de la prevención general positiva se presenta por la doctrina como una teoría unitaria (17), ya ha sido resaltado que, dentro de dicha denominación genérica, se engloban diferentes comprensiones del *ius puniendi*. Más adecuado es, entonces, hablar, en plural, de las teorías de la prevención general positiva. Por ello, y a pesar de que todas presenten también notables similitudes, conviene establecer su exposición y, sobre todo, su crítica, distinguiendo entre las diferentes versiones. A los efectos de su estudio, plantaremos tres versiones de la misma, ya citadas con anterioridad: en primer lugar, el *fin ético-social*; en segundo lugar, el *fin de integración*; por último, el *fin de protección*

(16) Algunas de esas consecuencias han sido destacadas y analizadas por PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones, passim*.

(17) Ello es puesto de manifiesto, por ejemplo, por FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 74; PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, pp. 22 ss. También SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 229, resalta el hecho de la diversidad de fines, si bien su crítica termina por incurrir en dicha unilateralidad. Por otra parte, BAURMANN, GA 1994, p. 370, destaca la ausencia de claridad existente en la delimitación entre las diferentes versiones de la prevención general positiva.

de la expectativa normativa. Clasificación que, lejos de pretender ser innovadora, es la generalmente establecida por la doctrina (18). En segundo lugar, es obligado atender también al fin alternativo de la prevención general: el llamado «negativo» o de intimidación. Por lo que respecta a la prevención especial, apenas puede dudarse de la necesidad de atender a la misma en el momento de ejecución de la pena —entendiéndola, antes que como resocialización forzosa, como instauración de los medios necesarios para posibilitar una resocialización voluntaria o, al menos, para no fomentar la desocialización—, pero dicho «fin» de la pena no puede servir para fundamentar el Derecho penal, puesto que no establece una relación entre la acción del autor y la norma de conducta, sino que se basa únicamente en una prognosis de peligrosidad de aquél, por lo que no responde a un Derecho penal del hecho (19), ni es capaz, por tanto, de aportar una concepción material y legítima del hecho punible. Por último, la retribución, como teoría absoluta, tampoco será analizada como fin del Derecho penal. En una concepción laica e instrumental del Estado sólo una pena entendida como *relativa ad effectum* puede justificarse. No obstante, algunas características de la retribución jugarán un papel importante en las siguientes consideraciones, dada su reminiscencia material e identidad estructural respecto de los fines incluíbles dentro de la prevención general positiva.

Por último, mencionar que, con el fin de resaltar las diferencias entre las versiones de la prevención general positiva y, más allá de eso, en orden a sentar las bases de la crítica valorativa a las mismas y de la postura personal respecto a los fines legítimos del Derecho penal, se intentará reconducir el estudio de las teorías de la pena o del Derecho penal a algunos de sus presupuestos y antecedentes filosófico-políticos, estableciendo una oposición entre teorías *comunitaristas*, por un lado, y teorías *liberales*, por otro. En otras palabras, el acento se pondrá no sólo en la configuración actual de los fines de la pena, sino también en el substrato filosófico-político a que responden,

(18) Por ejemplo, SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, p. 90, distingue entre un fin pedagógico-social, un fin de integración, de apaciguamiento de la conciencia jurídica con la imposición del castigo, y, por último, un fin de confianza en las normas. Idéntica clasificación realizan SCHUMANN, *Generalprävention*, p. 1; ROXIN, *Wiedergutmachung*, p. 48; el mismo, AT 3/27. Dichos tres modelos aparecen también en la clasificación realizada por PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 248, si bien ordenados en torno a criterios distintos.

(19) Cfr., en este sentido, entre otros, JAKOBS, AT, 1/41 ss.; PAPAGEORGIOU, *Schaden und Strafe*, pp. 32 ss; LESCH, JA 1994, p. 593; SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, p. 95.

ya que, como se ha afirmado, «la discusión sólo podrá discurrir sobre bases racionales si no se ocultan las premisas políticas de las que depende» (20). La línea de estudio responde, así, a la propuesta de Müller-Dietz: «Ocuparse del fundamento jurídico y fines de la pena criminal no es suficiente... Desde una perspectiva teórica se trata también de la comprensión del Estado que yace tras la determinación de las funciones del Derecho penal, y con ello, al mismo tiempo, de la relación del individuo en y con el Estado» (21).

2. Criterios de legitimación

Antes de comenzar, conviene establecer los criterios de legitimación de la pena y sus fines. Éstos son dos: *legitimación instrumental*, vinculado a la efectividad empírica de los fines asignados, y *legitimación valorativa*, referido a valores ético-políticos. Ya que, como ha sido ya indicado, el desarrollo posterior sobre los diferentes fines de la pena se centrará en la legitimación bajo criterios *valorativos*, conviene, dada su relevancia, plantear, siquiera a modo introductorio, la viabilidad empírica de los diferentes fines de la pena, cuestión que, por tanto, se analizará ahora con mayor detenimiento que la relativa a la legitimación valorativa, sobre la cual se presentarán únicamente sus directrices teóricas.

A. LEGITIMACIÓN INSTRUMENTAL

Para llegar a los fines de la pena hemos de partir de su justificación, y para ello hemos de comenzar, a su vez, por el concepto de pena. Con respecto a lo que la pena *es*, como restricción coactiva de derechos, ésta se concibe, esencialmente, como un *mal* que se impone por el Estado a un individuo (22). Ello de manera patente en la aplica-

(20) MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 29.

(21) MÜLLER-DIETZ, Jescheck-FS, p. 812. La innegable dependencia de la concepción del Derecho penal de la propia comprensión del Estado que se mantenga es resaltada asimismo, entre otros, por MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 29, quien habla de la «vinculación axiológica... entre función de la pena y función del Estado»; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 197 y passim; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 28: «La concepción del Estado condiciona el papel del Derecho penal»

(22) Sobre el concepto de pena *vide* especialmente WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?*, pp. 17 ss.; BETEGÓN, *La justificación del castigo*, pp. 141 ss. También, concibiéndola como en el texto, HART, *Prolegomenon*, p. 4; HOERSTER, GA 1970, p. 272; GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro...?*, p. 149; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 191: «Todo mal que se impone por la autoridad judicial como sanción por un hecho» (citando a Casabó). Por el contrario, JAKOBS, AT 1/3, por ejemplo, se muestra reacio a concebir la pena como un mal, afirmando que «la pena hay que defi-

ción concreta de pena, pero también en la amenaza potencial de pena, la cual conlleva asimismo una restricción de la libertad individual, si bien mediata y generalizada. Ese hecho implica que, si queremos justificar la pena como institución social, es decir, como instrumento para la satisfacción de necesidades humanas y no como respuesta a un imperativo categórico de justicia impuesto desde instancias metafísicas o ultraterrenas, su utilización ha de revertir un mayor beneficio social que el daño que causa; en otras palabras: ha de poder concebirse como una amarga necesidad, como un «mal necesario» (23), sin cuya intermediación las cotas de violencia social serían más elevadas que con ella. La *justificación* de su existencia ha de venir dada, en otras palabras, desde premisas utilitaristas (24), si bien entendidas éstas no tanto en relación a su vertiente normativa [establecimiento de un bien determinado: la felicidad o el placer para el mayor número, según su versión más generalizada (25)], sino más bien desde la comprensión metaética de esta doctrina, relativa a su naturaleza de «ética del resultado» –teleología–, es decir, en la que la decisión sobre la corrección de una acción o institución vendrá determinada por el balance positivo de la satisfacción de determinados resultados (26). En suma, asumiendo que sólo la pena útil será una pena legítima. Esa racionalidad instrumental utilitarista de la pena, que debe exigirse no sólo en un nivel genérico de justificación, sino además en cada caso

nirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable». A mi juicio, la posición de este autor y la aquí planteada no son incompatibles, sino que ambas se refieren a dos planos diferentes de la argumentación: mientras que la concepción de la pena como un mal se refiere a las consecuencias fácticas para el individuo concreto a quien se impone, Jakobs define la pena ya desde su función social, desde su misión. En cualquier caso, entiendo más adecuado, como se expresa en el texto, partir de una distinción entre el concepto fáctico y la justificación o fin social de la misma. Si la pena fuera ya fácticamente un «bien», si no conllevara un menoscabo de derechos para el individuo, no sería precisa la discusión acerca de su legitimación.

(23) La concepción de la pena como una «amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombres son» aparece en el *Alternativ-Entwurf* alemán de 1966.

(24) Ello es unánimemente aceptado en la actualidad. Cfr., por ejemplo, RAWLS, *Zwei Regelbegriffe*, p. 97; HART, *Prolegomenon*, pp. 4 ss; NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 428 ss.; FLETCHER, *ZStW* 101 (1989), p. 809; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 183; MIR PUIG, *PG* 4/44: «El principio de necesidad conduce, pues, a una exigencia de utilidad»; SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, p. 94.

(25) Cfr., por todos, NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 391 ss., y p. 394; PETIT, *El consecuencialismo*, pp. 323 ss.

(26) Sobre el utilitarismo como una teoría consecuencialista, como una «ética del resultado», cfr. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 391-392; PETIT, *El consecuencialismo*, p. 323; WILLIAMS, *Begriff der Moral*, pp. 91 ss.

concreto (27), conlleva una serie de relevantes consecuencias. En primer lugar, un fundamento retributivo de la pena, basado únicamente en el reproche realizado al hecho pasado cometido, respondiendo al mal con un mal y desvinculado de todo interés en la búsqueda de satisfacciones futuras, se presenta como la más ilegítima de las opciones (28). En segundo lugar, la consideración de la pena como un mal y su consiguiente exigencia de producción de un mayor bien, es decir, de su necesidad –de la que apenas puede dudarse en las sociedades actuales–, implica también una exigencia de *efectividad*: sólo si la institución penal cumple en la práctica los fines previstos puede justificarse el mal impuesto. Por último, la referencia al carácter negativo de la pena impone la exigencia, inherente todavía a la propia lógica utilitarista, de la *economía* de las sanciones –y, por ende, de las prohibiciones–. Se trata, en suma, de hallar el siempre difícil equilibrio de la *mínima prevención necesaria* (29), principio heredero del pensamiento ilustrado (30). Estos presupuestos nos llevan al primer criterio de legitimación de la pena y los fines a ella atribuidos: el de la *legiti-*

(27) Cfr., por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro...?*, p. 150: «... es un abuso de derecho la imposición de cualquier pena innecesaria o la ejecución innecesariamente rigurosa de una pena (e innecesario quiere decir aquí: cualquier excedente de pena)»; p. 153: «... el reproche más grave que puede hacerse al legislador es que una pena sea –en absoluto o en su rigor– innecesaria, que se cause más padecimiento del absolutamente imprescindible».

(28) Así, entre otros, BAURMANN, *Folgenorientierung*, p. 7: «Un Derecho penal sin efectos preventivo-generales o especiales sería en este sentido no sólo inútil, sino (por ello) también inmoral»; JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 366: «Una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social, sin esta necesidad sería a su vez un mal inútil». Sobre las críticas tradicionalmente vertidas contra el retribucionismo, vid., por todos, BETEGÓN, *La justificación del castigo*, pp. 115 ss.

(29) Las notas de eficacia y necesidad son puestas de manifiesto, entre otros muchos, por NINO, *Introducción*, p. 428. La referencia al carácter mínimo como parte de la racionalidad utilitarista es especialmente resaltada por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 465 y passim: «Derecho penal mínimo». También se acogen a dicha tendencia ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 91 («mínima intervención, máximas garantías») o QUINTERO/MORALES/PRATS, DP, p. 90. Cfr. además RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 276.

(30) Cfr. ya BECCARIA, *De los delitos y las penas*, pp. 47-48: «... si se probase que la atrocidad de las penas, ya que no inmediatamente opuestas al bien público y al fin mismo de impedir los delitos, fuese por lo menos inútil, también en tal caso sería no sólo contraria a las virtudes benéficas (que son el efecto de una razón ilustrada, que prefiere mandar a hombres felices más que a un rebaño de esclavos entre los que se establezca una perpetua circulación de temor y de crueldad), sino que sería también contraria a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social».

midad instrumental, centrada en la exigencia de que la pena esté capacitada en la práctica para satisfacer los fines asignados.

Indudablemente, en un Derecho penal «orientado a las consecuencias», el análisis relativo a los efectos que produce en el entorno social se eleva a criterio esencial de justificación. Por ello, la contrastación en el plano fáctico de los fines asignados a los medios del Derecho penal determinará su legitimidad (31). Así, por ejemplo, independientemente de las objeciones éticas que pudieran oponerse (legitimación valorativa), el fin de intimidación quedaría deslegitimado de principio si pudiera demostrarse empíricamente la inoperatividad fáctica de la pena en relación a dicho fin (32).

En relación a la efectividad empírica de los diversos fines asignados a la pena, conviene comenzar por plantear el estado de la cuestión en lo que a la prevención general negativa concierne, no sólo porque sea ésta —al menos manifiestamente— la forma clásica de prevención general, sino porque la discusión sobre la efectividad empírica de la pena se ha conformado a partir de la misma; o quizá habría que decir, a partir de la negación de efectividad de la misma. Ello hasta el punto de poder afirmarse que, salvo recientes y aisladas investigaciones específicas sobre la prevención general positiva, la legitimación empírica de ésta ha venido afirmándose —y «demostrándose»— por sus partidarios en función de la negación de efectividad fáctica de la prevención general negativa.

Dicha inefectividad viene dada, a juicio de sus detractores, por el hecho de que la realidad se muestra mucho más compleja que lo pretendido por las premisas que sostienen a la prevención general de intimidación. En primer lugar, la intimidación presupone el hecho del conocimiento directo de las normas por sus destinatarios, algo que

(31) Cfr., por ejemplo, HASSEMER, *Theorie*, pp. 117-118: «Si resultara que el Derecho penal es un medio inidóneo para garantizar la protección de bienes jurídicos, los fines del Derecho penal deberían ser, si ello es posible, redefinidos»; MIR PUIG, PG 4/44: La exigencia de utilidad «plantea por de pronto la cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos».

(32) Como con carácter general afirma BAURMANN, GA 1994, p. 369, existe consenso en la doctrina en lo tocante a que «antes de la cuestión *normativa* se plantea la cuestión *empírica* referida a si de hecho se producen los efectos específicos de la pena estatal». No obstante, debe ponerse de relevancia que la cuestión empírica no deja de ser, en su introducción en las consideraciones jurídico-penales, una cuestión «normativa», ya que de los resultados de esa cuestión empírica puede deslegitimarse el fin asumido para la pena. Por ello, es a mi juicio menos confusa la diferenciación terminológica utilizada en el texto entre la legitimación instrumental: con arreglo a la viabilidad empírica de los fines; y la legitimación valorativa: con arreglo a la corrección valorativa de dichos fines.

rara vez se produce en la práctica (33). Por el contrario, las normas penales son conocidas a través de diferentes «instancias mediadoras», las cuales mediatizan el mensaje de la norma en el ámbito social. Pero este conocimiento no es ya asumido como una norma penal, sino más bien como una norma de carácter social (34). En suma, «la creencia de que la norma penal actúa de manera directa sobre el destinatario es falsa» (35). Un segundo requisito para la efectividad intimidatoria de la pena es que los destinatarios sean motivables contra la acción delictiva, que sean «intimidables». A este respecto, se pone en duda la correspondencia con la realidad de la imagen del individuo racional, orientado a la acción en base a estimulaciones inmediatas basadas en el saldo coste/beneficio, afirmando que responde a una concepción superada de la psicología humana, mucho más compleja de lo que el mundo de Feuerbach se representaba (36). Se pone de manifiesto, en este sentido, que el delincuente habitual no pondera en la práctica el riesgo de pena, sino que generalmente cuenta, a la hora de actuar, con que no será descubierto (37). Junto a ello, los delincuentes ocasionales, sobre quienes la intimidación habría de tener, en principio, eficacia, actúan en muchas ocasiones bajo situaciones impulsivas, por lo que tampoco se presenta esa relación racional con la norma (38). Por otra parte, si la mayoría de los ciudadanos no delinquen no se debe al hecho de que se vean intimidados por la amenaza de pena, sino, al menos en los delitos más graves, a la existencia previa de convicciones morales arraigadas (39). En esta dirección, y desde la prevención general positiva, se afirma que el Derecho penal no opera, en el plano

(33) Sobre ello y las consideraciones inmediatamente posteriores, *vide* HASSEMER, *Einführung*, pp. 287-288.

(34) Similares disquisiciones son las que llevan a SCHMIDHÄUSER, *Form und Gehalt der Strafgesetze*, *passim*, a la peculiar tesis de que las únicas normas específicamente penales son las normas secundarias, dirigidas a los aplicadores del Derecho, conminándolos a la imposición de la sanción, mientras que las llamadas normas primarias o de conducta no serían normas propiamente penales, sino ético-sociales. Una convincente crítica a dicha posición puede verse en HOERSTER, *JZ* 1989, pp. 10 ss.

(35) HASSEMER, *Einführung*, p. 288. Cfr. también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 229, con ulteriores referencias.

(36) HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 81; LÜDERSSEN, *Die generalpräventive Funktion*, p. 70; HASSEMER, *Einführung*, p. 289; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 229.

(37) LÜDERSSEN, *Die generalpräventive Funktion*, p. 70; HASSEMER, *Einführung*, p. 289; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 84, nota 171, quien habla de un «síndrome optimista».

(38) PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 229, con ulteriores referencias.

(39) Así, además de los autores citados en la nota anterior, STRENG, *ZStW* 92 (1980), p. 669; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 36; LOOS, *ZRP* 1993, p. 53.

fáctico, en el ámbito de la decisión racional del ciudadano respecto al acatamiento de la norma, sino que la pena ejerce sus efectos en el ámbito del subconsciente del individuo, satisfaciendo impulsos violentos de venganza y creando o reforzando en las conciencias un tabú respecto a las conductas prohibidas por las normas. El Derecho penal dirige sus efectos en la misma dirección que otros medios de control social, socializando a los ciudadanos; y es esa vinculación moral de los ciudadanos a las normas la que evita fructíferamente el quebrantamiento de las mismas (40).

En suma, si bien no niegan la posibilidad de que en casos aislados la pena pudiera tener efecto intimidatorio, los autores contrarios a la prevención general negativa niegan con carácter general la viabilidad empírica de dicha teoría.

No obstante, dentro de la discusión sobre la legitimación empírica de la pena se han mantenido también posiciones menos extremas en lo que a la crítica del fin de intimidación concierne. Desde éstas, no se pone en duda el hecho de que la intimidación no sea eficaz en todos los casos, de que existan determinados tipos de delincuentes que no respondan a las premisas de la prevención general negativa o que determinadas normas no sean acatadas por razón del efecto disuasorio de la amenaza de pena. Lo que se resalta es que la pretensión de una efectividad absoluta responde a una falsa interpretación de la prevención de intimidación, la cual lleva a una injustificada comprensión perfeccionista de dicha teoría, desde la que se exige más de lo que cualquier teoría de la pena está en disposición de rendir (41). Requisito para la legitimidad empírica de la prevención general negativa no es que en todos los casos en los que no se delinque ello sea debido a un efecto de intimidación, sino que basta con que dicho fin de la pena tenga efectos en algunos tipos de delincuentes o en relación a determinados delitos. Ni tampoco debe pretenderse de la intimidación que ésta sea apta para la erradicación del delito, sino tan sólo que posea cierta efectividad en orden a la contención del mismo dentro de unos márgenes aceptables (42). Asimismo, el hecho de que no exista un conocimiento directo de la norma por parte de los destinatarios tampoco ha de obstar a la legitimación de la prevención general negativa. Por un lado, sin duda esta concepción es, sobre todo, una teoría de la amenaza penal, antes que una teoría de la pena impuesta, pero el

(40) Entre otros, STRENG, ZStW 92 (1980), pp. 668 ss. y *passim*.

(41) Así, HOERSTER, GA 1970, pp. 273-274; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, pp. 56 ss.; HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 80; VANBERG, *Verbrechen*, pp. 25-26.

(42) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 217.

conocimiento de la norma no sólo debe exigirse para la intimidación, sino que toda teoría de la pena que pretenda ejercer algún tipo de influencia sobre los ciudadanos no sólo en el momento represivo de la imposición de la pena —como, en realidad, se pretende desde la comprensión mayoritaria de la prevención general positiva—, sino también en el momento preventivo, en el que se apela al ciudadano para que evite la conducta delictiva, ya por vía de intimidación por la amenaza de pena, ya por vía de la vinculación moral o consensual del ciudadano a la valoración subyacente a la directiva de conducta, presupondrá el conocimiento de la norma. Por otro lado, el hecho de que dicho conocimiento se produzca a través de instancias mediadoras no tiene por qué desvirtuar el efecto intimidatorio. Para éste basta con que los ciudadanos sepan, con carácter general, que la contrariedad de las normas penales podrá conllevar la imposición de una sanción penal (43), sin que sea necesario haber leído el Código Penal el día anterior a la perpetración del delito. Desde esta posición mediadora, se pone de manifiesto también que la efectividad de la intimidación, respecto de su legitimación, no debe realizarse desde el análisis de delitos concretos, sino que lo que más bien ha de plantearse es «si es correcto afirmar que el Derecho penal en su conjunto posee alguna eficacia intimidatoria» (44); y dicha cuestión no debe ser, además, realizada en torno a los delitos cometidos, hecho que es sin duda prueba del fracaso del fin de la pena —pero no sólo de la prevención general negativa, sino también de toda concepción del Derecho penal basada en la protección de bienes jurídicos—, sino de los delitos que se cometerían si no existiese el Derecho penal (45). Por último, la constatación de que los ciudadanos no delincan por el hecho de que exista una intimidación penal, sino, en la mayoría de los casos, gracias a la asimilación, a lo largo de su desarrollo social, de ciertas instancias valorativas, no contradice necesariamente la legitimidad empírica de la prevención general negativa. Sin duda, existen otros sistemas de control social que ejercitan indirectamente en contra de la comisión de delitos, pero nada impide, se afirma, concebir el Derecho penal como un medio ulterior —y basado en una ratio última— de reforzamiento en términos intima-

(43) SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 58.

(44) ASÍ, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 217; VANBERG, *Verbrechen*, p. 27.

(45) SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 58; HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 80; MIR PUIG, *Introducción*, p. 115; VANBERG, *Verbrechen*, p. 26; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 87: «La eficacia de la pena... no puede medirse por sus fracasos visibles: por los delitos que a pesar de ella siguen cometiéndose, sino por los muchos más que gracias a la misma no llegan a cometerse». Tesis que califica de «absolutamente dominante» (nota 187); similar, MIR PUIG, PG 4/45.

torios de los mecanismos preventivos ejercidos por otras instancias normativas (46). En suma, se afirma –a mi juicio correctamente– que dado ese conjunto de restricciones puede afirmarse una efectividad empírica *suficiente* para legitimar –desde el criterio de la racionalidad instrumental– la intimidación como fin de la pena (47).

Por lo que respecta a la prevención general positiva, es sabido que las concepciones habituales de la misma conciben el mecanismo de la pena como una prolongación de los diversos mecanismos de control social, actuando, por tanto, por las mismas vías psicológico-sociales difusas. Pero es precisamente este hecho, que *prima facie* parece atribuir a esta concepción de la pena una mayor plausibilidad fáctica, lo que dificulta el análisis de la efectividad de la sanción penal con respecto a estos efectos. Que los ciudadanos no delincan por hallarse arraigadas en las conciencias una serie de valoraciones morales no implica la efectividad de la pena para la contención de acciones delictivas por medio de la conformación del super yo de los individuos, por el hecho de que ese proceso se habrá producido ya a través de las instancias anteriores de socialización (48). Así, la función ético-social o la «fuerza configuradora de costumbres» que se atribuye al Derecho penal no ha sido nunca probada empíricamente con carácter general (49). En este sentido, afirma por ejemplo Schumann, como resultado de sus investigaciones sobre la prevención general positiva, que la influencia del Derecho penal sobre la moral social suele, erróneamente, sobrestimarse (50). Además, no debe olvidarse que el origen doctrinal de esa finalidad del Derecho penal responde –por ejemplo en las concepciones de H. Mayer o Welzel– a planteamientos filosófico-políticos, antes que a criterios de efectividad práctica. Sin duda,

(46) Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 218.

(47) Así, entre otros, SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 58; HOERSTER, GA 1970, p. 75; VANBERG, *Verbrechen, passim*, poniendo de relevancia los análisis empíricos favorables a la prevención general negativa realizados en el ámbito norteamericano desde el análisis económico del Derecho; DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 8; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 135; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 220 ss.; KUHLEN, GA 1994, p. 364; SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, pp. 96 ss.

(48) En este sentido, afirma STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 22, que el hecho constatado de que el motivo esencial de acatamiento de la norma sea la vinculación moral no demuestra nada sobre la efectividad de la prevención general positiva; cfr. también p. 24, donde pone de manifiesto la dificultad de la demostración empírica de dicho efecto de la pena, dado el solapamiento del mismo con idénticos efectos producidos por instancias previas de control.

(49) Cfr. OPP, *Einige Bedingungen*, p. 237; SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 51; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24.

(50) SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 51.

la influencia de la psicología profunda en el Derecho penal ha permitido establecer un soporte fáctico para sostener dicha concepción. Pero ¿hasta que punto son aptas esas ciencias para ofrecer resultados empíricos en lo que a la sanción penal se refiere? Dicha aptitud ha sido puesta en duda por no pocos autores, afirmando la ausencia de una base empírica fiable en sus explicaciones, las cuales, antes que resultados contrastados, tienen el carácter de meras especulaciones. Por un lado, su aplicación al Derecho penal implica la extrapolación de fenómenos pertenecientes a patologías individuales, observados en establecimientos médicos, al contexto macrosocial, obteniendo resultados en este ámbito más a través de deducciones a partir del ámbito individual, que de comprobación empírica directa. Se afirma, además, que muchas de sus conclusiones en el Derecho penal suponen la generalización de una hipótesis parcial pensada para explicar un tipo determinado de delitos –violentos o sexuales– (51). En suma, el efecto de internalización de valores en la conciencia del ciudadano por vía de la pena o de las normas, por más que se mantenga teóricamente como un fin legítimo y viable de la pena, no resiste una validación empírica. Así, autores más realistas terminan por afirmar que todo lo que puede exigirse al Derecho penal es «un apoyo de los valores y normas que el ciudadano está dispuesto a priori a aceptar» (52). Pero ello no es ya un fin activo de la pena, no es ya un proceso *ex novo* de conformación del super yo o de internalización efectiva de valores, sino que no es más que una mera demostración simbólica del Derecho, la cual no genera o modifica actitudes morales, sino que sólo las manifiesta (53).

(51) NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 93; LUZÓN PEÑA, *Prevención general*, p. 151; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 43; *vide* asimismo SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 96, respecto a la supuesta contrastación empírica de algunas ciencias sociales, citando a Jäger (nota 263) en relación al psicoanálisis.

(52) STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24.

(53) No obstante, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 300 ss., afirma que es prácticamente incontestable el hecho de que las normas penales generen, al menos a largo plazo, actitudes morales en los ciudadanos, si bien dicho autor se muestra enérgicamente en contra de la legitimidad de dicha función. Ello es discutible. Por un lado, el Derecho penal puede servir para *reforzar* criterios morales ya asumidos socialmente por medio de otros medios previos de control social, a través de dicha manifestación de valores citada en el texto. Lo que es menos plausible es que el Derecho penal, por sí mismo, pueda *crear ex novo* determinadas actitudes morales no patrocinadas por dichos medios primarios de socialización. Por otro lado, no hay duda de que dicha pretensión de creación de instancias morales en relación a delitos de nuevo cuño es pretendida por el Legislador –ejemplos: delitos fiscales o relativos al medio ambiente (cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 302)–, pero resulta discutible que ello sea eficaz directamente por el Derecho penal si no viene avalado por un cambio social previo o paralelo en lo tocante a la concienciación moral sobre esos temas, ejercido por

Las dudas suscitadas respecto a la capacidad empírica de la psicología profunda en el ámbito macrosocial de los efectos de la pena viene a poner en tela de juicio también la viabilidad empírica de los fines de estabilización social por medio de satisfacciones de instintos colectivos de venganza, ya que este fin se nutre empíricamente de la teoría del chivo expiatorio, cuya demostrabilidad también se ha puesto en duda. En cualquier caso, y partiendo de consideraciones más intuitivas que estadísticas, lo cierto es que esos efectos, a la vista de las reacciones sociales generadas tras la comisión de determinados delitos, poseen quizá un mayor grado de plausibilidad fáctica que las funciones pedagógicas de la pena. Ahora bien, esta finalidad es considerada por sus defensores –y a diferencia del fin anterior– como un medio para un fin ulterior, el cual es o bien precisamente la internalización de valores, o bien la estabilización y pacificación de la conciencia colectiva, o bien, generalmente como fin jerárquico último, la protección de bienes jurídicos. Pues bien, lo que ya no resulta tan plausible es la explicación de cómo la satisfacción y sublimación de instintos agresivos opera en relación a dichos fines ulteriores. Respecto al fin de conformación del super yo basten las consideraciones críticas acabadas de realizar. Respecto a la misión de estabilización de la conciencia jurídica, o de ejercicio en el reconocimiento del Derecho como orden justo, conviene recordar que la imposición de la pena se ejerce en relación –y en la medida– a la reacción surgida a corto plazo por la acción delictiva, funcionalizándose coyunturalmente criterios de justicia en orden a la indignación despertada en determinados sectores sociales. Ello, si bien puede estabilizar el orden social a corto plazo, conlleva el riesgo ser disfuncional a largo plazo (54), fomentándose la imagen del Derecho penal como un orden puramente coactivo. Por último, en relación a la protección de bienes jurídicos, la pacificación por medio de la pena puede canalizar la agresividad que sin la misma degeneraría en reacciones violentas frente a los delincuentes, pero dicho fin de la pena no ofrece una razón empírica convincente del acatamiento general de las normas por los ciudadanos, ya que su mecanismo de actuación abandona totalmente el momento conminatorio de amenaza penal, centrándose en la imposición concreta de pena (55) y se desvincula, al menos en algunas ver-

medio de otras vías de mayor calado colectivo como políticas sociales, publicidad institucional o por la actividad de organizaciones no gubernamentales, por ejemplo.

(54) Así, entre otros, VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 134.

(55) Crítico con las modalidades de la prevención general positiva que abandonan el momento preventivo de dirección por la norma, SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, pp. 96 ss.

siones de la prevención general positiva, de la protección de la vigencia a largo plazo de las normas (56). Más tarde, y en un plano valorativo, se incidirá en estas objeciones. Lo único que ahora se pretende resaltar es que tampoco la prevención general positiva ofrece un soporte empírico sólido.

Y ese puede ser el balance provisional respecto a la cuestión de la legitimidad empírica de la prevención general: ninguna de las diferentes concepciones de la misma, ni la prevención negativa ni la positiva, es empíricamente verificable en la actualidad. De hecho, si en algo existe unanimidad en esta materia es en el desconocimiento general de cómo actúa socialmente la pena (57). Por un lado, las precarias investigaciones empíricas de los últimos años sobre la prevención general positiva son rechazadas a partir de la crítica a los propios métodos de investigación, inadecuados para ofrecer un análisis global al complejo problema de la pena (58). Por otro, se afirma que la distinción entre la prevención general negativa y prevención de intimidación es realizable en un plano analítico, pero que en la práctica son apenas diferenciables, ya que ambas suelen producirse conjuntamente (59); y que si la comprobación de los efectos intimidatorios es en sí difícil, la complejidad inherente a los procesos pretendidos por la prevención general positiva dificultan aún más el

(56) Ello parece claro en posiciones como las de STRENG, ZStW 92 (1980), pp. 668 ss. o ACHENBACH, *Imputación individual*, pp. 140 ss. La primacía de la imposición de la pena frente a la conminación abstracta en esta concepción es puesta de relevancia también, y entre otros, por VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 112-113.

(57) Afirman ese desconocimiento y la dificultad inherente a la comprobación empírica de los efectos de la pena, MAIHOFER, *Funktion des Rechts*, pp. 28 y 29; ANDENAE, *Punishment*, p. 147; HASSEMER, *Einführung*, p. 299; MAIWALD, GA 1983, pp. 69 y 72; MÜLLER-DIETZ, Jescheck-FS, p. 820; SCHÖCH, Jescheck-FS, p. 1083; KARSTEDT-HENKE, KrimJ, p. 75; ZIPF, Pallin-FS, p. 484; SCHUMANN, *Generalprävention*, pp. 51-52; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 134; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 253; DÖLLING, ZStW 102(1990), p. 19; BOCK, ZStW 103 (1991), p. 656; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24; HÖRNLE/v. HIRSCH, GA 1995, p. 262; ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 142.

(58) Por ejemplo, DÖLLING, ZStW 102 (1990), pp. 7 y 13; BOCK, ZStW 103 (1991), p. 655 y nota 34, afirmando que con investigaciones como la de Schumann no se gana nada; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 23; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 219. Vide también MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 118 aportando una amplia panorámica expositiva y crítica a los estudios empíricos alemanes, concretamente los estudios de la Universidad de Bremen (Schumann, y otros) y los de la Universidad de Göttingen (Dölling, Schoch etc.).

(59) PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 230; DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 17; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 23; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 111 ss.

análisis empírico (60), hasta el punto de llegarse a afirmar la imposibilidad, no sólo en la actualidad sino con carácter absoluto, de cualquier verificación empírica (61). Junto a ello suele ponerse de manifiesto la tendencia a una sobreestimación por parte de la doctrina jurídico-penal de los conocimientos empíricos, afirmándose una mayor efectividad empírica de las respectivas teorías que la constatada científicamente, y se advierte en contra de dicha sobreestimación de datos empíricos (62).

En realidad, lo único que se sabe, y ello como mera hipótesis inductiva, es que una sociedad en la que no existiera el Derecho penal estaría sumida en mayores cotas de violencia social que otra en que sí existiera o, dicho de otra forma, que el Derecho penal es, *con carácter general*, preventivamente efectivo en relación a una razonable evitación de conductas lesivas para la libertad de los individuos (63); toda otra consideración respecto a *cómo* se realiza dicha prevención está abocada al desconocimiento empírico, por lo que su discusión sólo podrá venir sostenida sobre criterios o hipótesis de mayor o menor plausibilidad, sobre lo que en la lengua alemana suele denominarse *Alltagstheorien*, y que puede entenderse como «criterios de sentido común» (64).

En resumen, el criterio de la legitimación instrumental no puede servir para excluir a priori ninguna de las opciones que se presentan

(60) SCHÖCH, Jescheck-FS, p. 1083; ZIPF, Pallin-FS, pp. 484-485; DÖLLING, ZStW 102 (1990), pp. 3 y 18.

(61) BOCK, ZStW 103 (1991), p. 656; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24.

(62) SCHUMANN, *Generalprävention*, pp. 51-52; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 23.

(63) En este sentido SCHMIDHÄUSER, *Sinn der Strafe*, pp. 55 ss., quien rechaza las críticas a la efectividad práctica de la prevención general basadas en criterios perfeccionistas, tendentes a exigir no sólo cierta capacidad para mantener en unos márgenes aceptables las cotas de violencia social, sino también la erradicación de toda conducta delictiva; en similar sentido, HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 80; VANBERG, *Verbrechen*, p. 26; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 217.

(64) Esa acaba por ser la resignada conclusión de casi todos los autores que se enfrentan al problema de la efectividad empírica de la pena. Cfr., por ejemplo, ANDENAES, *Punishment*, p.147: «common sense basis»; MAIHOFER, *Funktion des Rechts*, p. 28: «especulaciones»; MÜLLER-DIETZ, Jescheck-FS, p. 820: «especulaciones»; BOCK, ZStW 103 (1991), p. 655: «Plausibilitätserwägungen»; KUHLEN, GA 1994, pp. 365 y 366: «Alltagstheorien» y «common sense-Erklärung»; BOCK, JuS 1994, p. 99: «Especialmente para la prevención general, no queda nada más que, en el *Vakuum* del desconocimiento empírico, operar con la “experiencia” y el “sentido común”; HÖRNLE/v. HIRSCH, GA 1995, p. 262: para la prevención general positiva la relación con la legitimación empírica se basa en una «plausibilidad obtenida por intuición».

dentro de la prevención general. Partiendo de la premisa citada de que el Derecho penal reduce, en términos generales, las cotas de violencia social, la discusión en torno a la cuestión de los fines del *ius puniendi* tendrá, por tanto, que venir enmarcada en torno al otro criterio de legitimación, que a continuación se plantea.

B. LEGITIMACIÓN VALORATIVA

No obstante, aun en el caso en que sí pudiera constatarse empíricamente la efectividad práctica de los diferentes fines asignados a la pena, y pudiera excluirse alguno de ellos del ámbito de la discusión, los restantes habrían todavía de pasar por el filtro de la *legitimación valorativa*, ya que, como lo expresa el acervo popular, el fin no justifica los medios. Dicho de otra forma, la pena debe justificarse no sólo con arreglo a criterios teleológicos, relativos a la satisfacción del fin asignado, sino asimismo en atención a exigencias de naturaleza ético-política (65); exigencias que parten de principios y garantías vinculados a la protección de los intereses esenciales de los *individuos* frente a la colectividad, heredados de la tradición de pensamiento originada en el proyecto ilustrado y que, en relación a la pena operan como límites –tanto *legitimadores* como *materiales*– antitéticos a la inercia preventiva implícita en la racionalidad instrumental. Conviene, además, poner de manifiesto que la atención a los principios garantísticos individuales ha de hacerse efectiva no sólo en el ámbito de los criterios de imputación y en la imposición concreta de la pena, y en relación, por tanto, con los potenciales reos (límites materiales), sino que ya en la forma misma de operar la pena en el conjunto de los ciudadanos deben introducirse dichas consideraciones de naturaleza valorativa, rechazando, así, los fines de la pena que, a juicio del intérprete –en este caso, quien esto escribe– no sean compatibles con exigencias éticas asumidas como imprescindibles (límites legitimadores). En este sentido, las formas en que deban entenderse esos requisitos dependerán en gran medida de las premisas políticas y filosóficas asumidas, las cuales, como ya hemos dicho y veremos, se plasmarán en las diversas formas de entender la labor coactiva del Estado. En este sentido, es preciso resaltar que el estudio de los fines de la pena se hará, como ya se dijo, no desde la observación fáctica de los efectos que el fenómeno social de la pena produce en sociedad, no desde el *ser*, sino desde crite-

(65) Así, entre otros muchos, HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 69; NAUCKE, *Generalprävention*, pp. 23 ss. y *passim*; KUNZ, *ZStW* 98 (1986), p. 828; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 221; PAPAGEORGIEOU, K.A., *Schaden und Strafe*, pp. 15 ss.; HÖRNLE/v. HIRSCH, *GA* 1995, p. 265.

rios valorativos de legitimación, desde el *deber ser*, y que éste, a su vez, no se inferirá del derecho positivo –Código penal y Constitución– sino que la discusión vendrá centrada en premisas filosófico-jurídicas que trascienden el marco valorativo que pueda derivarse de aquél (66) –desde el cual, en realidad, poco podría decirse sobre el complejo de fines que haya de cumplir el Derecho penal–, si bien dichas premisas no podrán ser incompatibles con los valores esenciales plasmados en el texto constitucional, ni las consecuencias sistemáticas y político-criminales que de aquéllas se inferían podrán ser opuestas a la regulación de los criterios de imputación establecidas en el Código Penal.

Tenemos así que, junto a la legitimación instrumental, basada en la satisfacción de fines, las formas de concebir la pena y su aplicación deberán también justificarse en orden a su compatibilidad con determinados valores. Ello puede expresarse también acogiendo la terminología acuñada por Max Weber (67) en relación con la racionalidad práctica de la acción social. Ésta, según el sociólogo alemán, puede venir justificada a partir de dos criterios diferentes: por un lado, desde consideraciones basadas en la racionalidad instrumental (*Zweckrationalität*) (68), la cual atiende exclusivamente a los resultados esperados por la acción. Por otro lado, la acción social podrá considerarse también a partir de la racionalidad valorativa (*Wertrationalität*), desde la que se plantea la exigencia de que la acción se adecue a una serie de principios, los cuales se caracterizan por su independencia respecto a la satisfacción de resultados (69). Ambos criterios de racionalidad pueden ser complementarios, dándose conjuntamente; pero, en numerosas ocasiones concurrirán en conflicto, «lo que sucede siempre que la condición para satisfacer un fin determinado es la realización de una acción que se considera incorrecta o mala» (70). Este es

(66) Esas tres formas posibles de análisis son planteadas por MIR PUIG, *Función fundamentadora y función limitadora*, p. 129. Sobre ello abunda SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 194 ss. Vide también FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 213 ss. donde distingue entre «justificación externa» y «justificación interna» al Derecho positivo.

(67) Cfr. WEBER, *Soziologische Grundbegriffe*, pp. 44 ss.

(68) Sobre opciones en relación a la traducción de dicho término, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal*, p. 19, nota 12.

(69) WEBER, *Soziologische Grundbegriffe*, pp. 44 ss. Weber añade otros dos tipos de justificación o determinación de la acción social: afectivo, basado en sentimientos, y costumbre, los cuales no son de relevancia en lo tocante a la pena. En relación a lo dicho en el texto, cfr. también MAIHOFFER, *Funktion des Rechts*, p. 27; MACCORMICK, *Los límites de la racionalidad*, pp. 10 ss.; pp. 19 ss. en relación a su aplicación al razonamiento jurídico.

(70) MACCORMICK, *Los límites de la racionalidad*, p. 11.

el caso de la práctica punitiva. Ello, indudablemente, respecto de la imposición concreta de la sanción, ya que, como habíamos dicho, hemos de partir de que la pena, condición del bien perseguido, es un mal. Pero asimismo puede ocurrir en relación a los efectos que se consideren legítimos como fines de la pena. Si la pena satisface el fin de protección de bienes jurídicos puede ser legítima desde una racionalidad instrumental, pero puede no serlo desde una racionalidad valorativa si ello se realiza a costa de la conformación del fuero interno de los ciudadanos, por ejemplo. En estos casos de conflicto, debe tenderse hacia una ponderación de ambos criterios de racionalidad. Además, si, como se ha afirmado, el Derecho penal necesita de una doble legitimación: en atención a fines y en atención a valores o principios, ninguno de los dos criterios puede servir para legitimar exclusivamente la labor punitiva. Así, un modelo deontológico puro –la teoría absoluta de la retribución, por ejemplo– se presenta desde la racionalidad instrumental como irracional, dada su ausencia de fines; un modelo teleológico puro es, por su parte, también rechazable, dada su ausencia de límites y correctores valorativos –el fin justificaría los medios–. Lo razonable es, entonces, que la justificación y la actuación del Derecho penal venga determinada por una ponderación de ambas formas de racionalidad. Así, desde la perspectiva weberiana la racionalidad valorativa puede ser concebida como un límite, como un criterio corrector (71), sólo dentro de cuyos márgenes podrá hacerse efectiva la satisfacción de fines.

3. Las teorías de la prevención general positiva

A. LA MISIÓN ÉTICO-SOCIAL

Según esta concepción, el fin del Derecho penal radica, en primer lugar, en la internalización y fortalecimiento de los valores plasmados en las normas jurídico-penales en la conciencia de los ciudadanos. Máximo exponente de la misma es la concepción de la pena mantenida por Welzel, para quien, como es sabido, el fin primordial del Derecho penal es «proteger los valores elementales de la vida de la comunidad» (72). Sin abandonar del todo la protección de bienes jurí-

(71) Así, VOSS, *Gesetzgebung*, p. 19, desde una interpretación de Weber. Similar, MacCORMICK, *Los límites de la racionalidad*, p. 14, quien afirma que la racionalidad valorativa es un criterio de «segundo orden», «de un tipo tal que nos permitirá graduar y excluir algunas razones con arreglo a fines», denominándola también precisamente como «razones de corrección», siguiendo a Summers.

(72) WELZEL, *Strafrecht*, p. 1. Le sigue CEREZO MIR, PG I (1997), p. 15.

dicos, ésta aparece sólo como un fin dependiente y condicionado por el de la protección de los «valores de la actitud correcta», el cual se establece como una finalidad previa y axiológica y valorativamente superior. «La misión del Derecho penal es la protección de los valores ético-sociales elementales de la actitud jurídica, y sólo dentro de éste la protección de los bienes jurídicos concretos» (73), afirma el autor alemán. La tendencia moralizante y pedagógica de esta comprensión es acentuada por H. Mayer, para quien «el efecto preventivo-general fundamental del Derecho penal no radica en absoluto en su poder intimidatorio, sino en su poder configurador de las costumbres. La pena tiene, en primer lugar, un significado pedagógico para la totalidad del pueblo, en tanto fortalece, o conforma por primera vez, el juicio moral de la comunidad» (74). Con ello, y especialmente a través de una pena ajustada a la culpabilidad, se persigue que «como corporeización plena de poder del *pathos* moral (*sittliche*) que subyace al Estado... se grave al delito con la representación de un tabú. Esa representación de un tabú provoca que en la mayoría de los casos no se tome seriamente en consideración la posibilidad de realizar» una acción delictiva (75).

También entre nuestros penalistas ha sido defendida una visión similar del Derecho penal. En un conocido escrito sobre los fines de la pena, afirmaba en 1944 Antón Oneca: «La prevención general no es sólo la intimidación. Su misión más alta es reafirmar la moral en aquella parte que es necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la colectividad» (76), concluyendo que «en suma, la prevención general es, en primer término, función pedagógica, reafirmación de la moral colectiva» (77).

Como hemos visto, el fin de protección de los valores ético-sociales del acto es concebido por sus propios partidarios e interpretado por algunos autores posteriores como un medio más efectivo para la ulterior protección de los bienes jurídicos (78). Pero, al menos en su concepción original, la razón de ser del fin de internalización de los valores plasmados en las normas puede ser concebido no únicamente a partir de su efectividad para un fin ulterior: la protección de bienes jurídicos, sino que, en su fundamento teórico-político, adquiere un

(73) WELZEL, StR, p. 4.

(74) H. MAYER, StR p. 26.

(75) H. MAYER, StR, p. 34.

(76) ANTÓN ONECA, *La prevención general*, p. 93

(77) ANTÓN ONECA, *La prevención general*, p. 97.

(78) Entre otros, también SCHÜNEMANN, GA 1986, p. 350: «internalización de las normas y de los valores culturales», en aras de la evitación de conductas lesivas para los bienes jurídicos.

carácter, relativamente autónomo, de fin en sí mismo. Así, por ejemplo, destaca Mayer la justificación moral, y no sólo funcional respecto del fin ulterior de protección de bienes jurídicos: «La función preventivo-general del Derecho penal encuentra su fundamento moral en su determinación de presentar la realidad moral del pueblo y de probar la realidad y el poder del orden de las costumbres y del Derecho sobre el injusto» (79).

Esta concepción de la pena, puede reconducirse, a mi modo de ver, a la comprensión ética del Estado e historicista de lo jurídico propia de Hegel y presente en los años veinte y treinta en Alemania, hasta su perversión y degeneración totalitaria por la ideología nazi (80). Dicha comprensión es la que puede justificar la supeditación de la protección de los bienes jurídicos frente a la protección de la conciencia ético-normativa, así como una justificación interna al fin ético-social welzeliano, si bien no su legitimación desde los presupuestos actuales que deben conformar un Derecho penal liberal, propio de un Estado de Derecho.

La filosofía política hegeliana arranca de la indisoluble unidad existente entre la identidad moral del Estado y la de los individuos (81). La idea de la *Moralität* kantiana (traducible como «moralidad» o ámbito de la ética), abstracta y racionalista, individual y universalizable por ser fruto de la razón, es rechazada por Hegel como fundamento de la ética, porque, dado su grado de abstracción y su individualismo, no es capaz de aunar el ámbito de lo concretamente existente en una comunidad histórica dada. Por el contrario, sólo la *Sittlichkeit* («eticidad» o ámbito de la moral) puede establecer el vínculo necesario entre lo justo y lo real, entre la libertad abstracta y desvinculada de su plasmación en la realidad y la concreta libertad real, la cual sólo puede realizarse en torno al magma sustancial de las convicciones morales de una comunidad determinada (82) (83). Y,

(79) H. MAYER, StR p. 4.

(80) Sobre la relación entre el pensamiento de Hegel y la ideología nazi, cfr., brevemente, MARXEN, *Der Kampf*, pp. 239 y ss.

(81) Así, por ejemplo, RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, p. 41.

(82) La traducción de ambos términos no es unánime. Como en la traducción del texto, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 194. Otra traducción habitual, también referida en el texto, es la que distingue, casi literalmente, entre «moralidad» (*Moralität*) y «eticidad» (*Sittlichkeit*). (Así, por ejemplo; CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 152). Más relevante, en cualquier caso, que la traducción es el significado que ese par de conceptos reciben. En general sobre las diferentes formas de entender la oposición entre ese par de conceptos, puede verse CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 152 y ss. Relevante para nuestro análisis es la tendencia conservadora que puede conllevar la idea de la eticidad, al servir de legitimación de lo concreto: de los valores dados en

frente al contrato social kantiano, expresión de dicha razón universal, el Estado en Hegel se conforma a partir de la concreta e histórica *Sit-*

una sociedad determinada, por un lado; y la potencialidad crítica de la idea de la ética –moralidad– frente a la eticidad, al establecer un criterio deliberativo de racionalidad sobre lo correcto, permitiendo así la crítica y refutación de los valores morales dados. La distinción entre Kant y Hegel en este sentido se ha visto renovada en la actualidad a partir de la discusión filosófico-política entre el *liberalismo* y el *comunitarismo*, en la que basaremos la discusión posterior sobre los fines del Derecho penal. Sobre la actualidad de la oposición de Hegel a la moralidad kantiana en el seno de dicho debate, desde una perspectiva metaética de fundamentación de principios éticos, puede cfr. NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 130-131; también FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 324 y ss. y *passim*, así como las obras citadas en esta misma nota de Thiebaut y Cortina. En lo que respecta al ámbito de la evolución de las ideas jurídicas, esa oposición entre la *Moralität* y la *Sittlichkeit* viene a representarse, en sus exactos términos, en la oposición entre el racionalismo ilustrado y el historicismo, respectivamente. Esta última línea de pensamiento, surgida al amparo de la figura de Hegel en el seno del movimiento romántico alemán del siglo XIX, se configura como una *reacción* al racionalismo ilustrado y liberal, y, frente a la fundamentación de las normas basada en la razón individual universalizada, y en situar, por tanto, al individuo como eje central creador del Derecho, opone el carácter necesariamente histórico del ordenamiento jurídico, considerando que las normas se fundamentan en el hecho de ser la manifestación inconsciente y espontánea del espíritu popular, del *Volksgeist*; promulgando –frente a lo racional, lo individual y lo abstracto–, lo irracional, lo colectivo y lo concreto, situando entonces al «pueblo» como origen y sujeto del Derecho. Cfr., sobre esa oposición, GACTO/ALEJANDRE/GARCÍA MARÍN, *Historia del Derecho*, pp. 332-333.

(83) El rechazo de una fundamentación –y, consecuentemente, una validez– universal de los valores, propio de la *Moralität* kantiana y del liberalismo contractual actual, y la oposición de un contextualismo, característico de la *Sittlichkeit* hegeliana, el cual fundamenta los valores en lo vigente en una tradición cultural e histórica determinada –con el riesgo, presente en toda esta línea de fundamentación, desde Hegel hasta los actuales comunitaristas, de derivar la validez de los valores de su vigencia fáctica, careciendo de un criterio de crítica a lo dado–, se encuentra también en WELZEL, *Naturalismus*, quien objeta a Kant el haber devaluado lo real y haber volatilizado lo racional en un conceptualismo irreal (pp. 86-87) y quien, apoyándose en el aforismo de Hegel de que «*lo racional es real y lo real es racional*», viene a afirmar que es «en la metafísica del hombre donde encuentran los valores su carácter absoluto. Pero este ser-hombre (*Mensch-Sein*) no es una abstracta generalidad conceptual, sino –al igual que las concreciones raciales en su parte corporal– un ser-hombre concreto, es decir, un ser-alemán, un ser-español, etc. Así, es siempre la concreta cultura la manera en que se expresa la actitud valorativa de la nación singular vinculada por la sangre y el destino» (p. 86); para después postular que es «en la indagación de los concretos valores de la situación histórica en lo que consiste la eminente misión “política” de la ciencia y en especial de las ciencias de la cultura. Atribuir una misión “política” a la ciencia no significa otra cosa que orientarla desde un mundo irreal de los conceptos hacia las necesidades concretas de la situación histórica, que dé el “verdadero” sentido, es decir, válido en la realidad, al destino actual de la comunidad estatal del pueblo» (p. 87). Sobre la proximidad de Welzel con esta línea de pensamiento, cfr. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 34.

lichkeit, la cual supone, como decimos, la pretensión de superación del particularismo individual en la unidad de un *ethos* sustancial, en el que voluntad subjetiva y voluntad objetiva, lo particular y lo universal, el ser histórico y el deber ser de la razón, se aúnan en una totalidad ética trascendente [319] (84). Así, es la realidad sustancial, espíritu real, objetivo, de un pueblo, de donde surge el Estado: «El Estado es la realidad efectiva de la idea ética (*sittliche*), el espíritu ético como voluntad sustancial revelada» [257]. Y, «en cuanto realidad de la voluntad sustancial... es lo racional en sí y por sí» [258].

Las afirmaciones de Hegel se desarrollan en un plano abstracto, casi metafísico, por lo que esa abstracción en sus afirmaciones, así como la formalidad de su método dialéctico y su pretendida fusión entre lo real y lo racional, entre el ser y el deber ser, permite que su pensamiento sea interpretado desde posiciones ideológicas opuestas, y que su lectura sea realizada ya en clave epistemológica o sociológica, ya en clave normativa, política (85). Por otra parte, no han dejado de destacarse entre sus intérpretes ciertas aparentes inconsecuencias o tensiones internas en su pensamiento, como, por ejemplo, el respeto a la persona en cuanto persona frente a la sumisión de la voluntad individual a la voluntad del Espíritu objetivo y la atribución de valor de la misma en función de su aportación para con el todo estatal (86). En cualquier caso, en las referencias políticas de su pensamiento cabe detectarse, como se ha hecho por buen número de autores, cierta potencialidad reaccionaria y antiliberal, en materia de relaciones Estado-individuo (87). Como ha afirmado Sabine, en

(84) *Principios de la filosofía del Derecho*. Los números entre corchetes en el texto corresponden a los párrafos de esta obra. Sobre esa totalidad ética, puede verse VERMEL, *Comentario introductorio a Hegel, Principios*, p. 24. Cfr. la influencia de dicha concepción hegeliana en MAYER, *StR*, p. 3.

(85) Como afirma E. DÍAZ, *Estado de Derecho*, p. 156, «El tema de las interpretaciones de Hegel es, como se sabe, uno de los temas más complejos de la historia de la filosofía». En la obra citada presenta este autor una extensa panorámica de las interpretaciones de que ha sido objeto la filosofía política hegeliana (pp. 151 y ss.).

(86) Cfr., por ejemplo, SABINE, *Historia de la teoría política*, p. 496.

(87) Radicalmente en este sentido, POPPER, *Die offene Gesellschaft*, pp. 80 y ss.; también SABINE, *Historia de la teoría política*, p. 496; FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 881, quien destaca el carácter conservador y contrario al proyecto ilustrado de Hegel; *vid.* también el *Prólogo* de N. BOBBIO a la obra de Ferrajoli acabada de citar, p. 18: «Uno de los enemigos mortales del defensor convencido del garantismo es el estado ético de Hegel y, más en general, toda concepción organicista de la sociedad»; asimismo BOBBIO, *Hegel und die Naturrechtslehre*, pp. 81 y ss. (p. 82, y p. 85, identificando la concepción del *Volksgeist* de Hegel con la del romanticismo irracionalista germano; pp. 86, 90 respecto del holismo y organicismo hegeliano). También THIE-

Hegel era el Estado nacional «más que el individuo o cualquier otro grupo de individuos lo que constituía la unidad significativa... [y] El genio o el espíritu de la nación (*Volksgeist*), que actúa a través de los individuos pero independiente en gran medida de su voluntad e intención conscientes, era considerado por él como el verdadero creador del arte, el Derecho, la moral y la religión» (88). Por ello, continúa, el «individuo es sólo una variante accidental de la cultura que lo ha creado... no debe contar mucho porque, en general, “los individuos caen dentro de la categoría de medios”. Sus deseos y satisfacciones son justamente sacrificados para la realización de los fines más amplios de las naciones» (89). «Obviamente, pues, el Estado debía ser absoluto puesto que él y sólo él encarna los valores éticos. Obviamente también, el individuo alcanza la dignidad y la libertad moral sólo cuando se dedica al servicio del Estado» (90).

Desde esta comprensión, y a diferencia del liberalismo, la labor del Estado no será la protección de intereses de los individuos, sino primordialmente el mantenimiento de la totalidad ética, la cual se configura como el *ethos* que conforma la comunidad —ya que en ella se expresa la identidad del pueblo— y, por ello, el Estado mismo. Fin del Derecho es, en otras palabras, la protección de ese Espíritu objetivo, de los valores que dan sentido a la comunidad, cuyo relajamiento llevaría a la disgregación y negación de la misma. Así, frente a la concepción liberal que concibe el Estado como un contrato social conformado a partir de los intereses de todos los individuos, afirma Hegel que «el Estado no es en absoluto un contrato, ni su esencia sustancial es de un modo incondicionado la *protección* y la *seguridad* de la vida y de la propiedad de los individuos singulares. Él mismo es por el

BAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 181, asocia la crítica hegeliana a la *Moralität* kantiana con cierta tendencia conservadora, reavivada en el actual debate entre comunitaristas y liberales; en similar sentido, CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 133 y 144, pp. 158 y ss., quien enfrenta la eticidad hegeliana —«conservadora»— a la moralidad kantiana —«transformadora»—. En similar sentido, respecto a la potencialidad autoritaria de la concepción hegeliana, BILBENY, *Política sin Estado*, pp. 81-82. Una lectura más progresista de la filosofía política de Hegel hace, en cambio, MAIHOFER, *Hegels Prinzip des modernen Staates*, pp. 361 y ss.

(88) SABINE, *Historia de la teoría política*, p. 473.

(89) SABINE, *Historia de la teoría política*, p. 484. Cfr. las declaraciones de WELZEL, *Über den substantiellen Begriff*, p. 228, respecto de la «misión histórico-cultural» de la comunidad, para la cual los actos de los individuos, si bien representan la altura moral de la primera, son para ella únicamente un medio para llevar a cabo tal misión.

(90) SABINE, *Historia de la teoría política*, p. 496.

contrario lo más elevado, que reivindica para sí aquella vida y propiedad y exige su sacrificio» [100] (91).

Como hemos dicho, para Hegel sólo dentro de la comunidad será realizable la libertad del individuo, por lo que la pervivencia de la comunidad ética implicará también una defensa de la libertad individual, cuyos límites, no obstante, se conformarán a tenor de las convicciones morales dadas. En este sentido, los intereses de los individuos ostentarán un menor rango cualitativo frente a la pervivencia de la identidad de la comunidad, de la misma forma que en la comprensión de Hegel el individuo sólo adquiere sentido dentro de la existencia del Estado, cuyo poder no se concibe frente a la libertad individual de los mismos, sino como parte creadora de dicha libertad, ya que el espíritu objetivo es la única realidad trascendente (92). «Por ser el estado el espíritu objetivo, el individuo sólo tiene objetividad, verdad y ética si forma parte de él» [258], afirma Hegel. Desde este presupuesto, la opción entre el individualismo y el holismo es tomada claramente por el filósofo alemán: «El espíritu tiene realidad y sus accidentes son los individuos. Respecto de lo ético sólo hay por lo tanto dos puntos de vista posibles: o se parte de la sustancialidad o se procede de modo atomístico, elevándose de la particularidad como fundamento. Este último punto de vista carece de espíritu, porque sólo establece una conexión mientras que el espíritu no es algo individual, sino la unidad de lo individual y lo universal» [156. Agregado] (93). Así, «el derecho subjetivo de los individuos a una determinación subjetiva de la libertad tiene su cumplimiento en el hecho de que pertenecen a una realidad ética» [153]. Ello implica, en lo tocante al establecimiento de la prioridad política entre los derechos de los ciudadanos y el Estado –fusionado con la «comunidad ética» del pueblo– notables

(91) Cfr. BILBENY, *Política sin Estado*, pp. 81-82, quien destaca la inercia de la concepción hegeliana hacia el autoritarismo y la doctrina de la «razón de estado»: «“El Estado es lo racional en sí y por sí”. De ahí a la defensa del Estado como un fin en sí mismo ... hay un mínimo paso, y la defensa de todos los medios para conseguirlo ... un paso todavía más imperceptible. Una vez hecho del Estado la *ultima ratio* de la política ya no resulta por lo menos incongruente concluir ... que el fin justifica los medios.»

(92) Cfr. sobre esto, BOBBIO, *Hegel und die Naturrechtslehre*, p. 88; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 163.

(93) Vid. BOBBIO, *Hegel und die Naturrechtslehre*, p. 91: «La comunidad del pueblo, concebida como histórica y viva totalidad, cuyo sujeto ya no es el individuo o la suma de individuos, sino una colectividad, un *todo orgánico*». Vid. también, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 163; y SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, p. 40, quien resalta la comprensión totalizadora y colectivista de lo social implícita en el *Espíritu objetivo* hegeliano.

consecuencias: «Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un derecho superior al individuo, cuyo supremo deber es ser miembro del Estado» [258].

En suma, la concepción sustancial de la colectividad, integrada en torno a las convicciones morales concretamente dadas y su manifestación inmediata en el Estado, conlleva, por un lado, la dependencia de los intereses y garantías del individuo a las necesidades de perpetuación de la comunidad ética; por otro, una notable confusión entre Derecho y moral (94), en dos sentidos; en primer lugar, desde una juridificación de la *Sittlichkeit* hegeliana –a partir de la identidad entre Estado y comunidad ética–, lo protegido no serán intereses esenciales y tangibles de los ciudadanos, sino el conjunto de valores morales presentes en una comunidad, independientemente del contenido y de la corrección de los mismos, ya que ellos plasmarán la identidad de la comunidad ética; en segundo lugar, dado que la misión esencial del Estado será la perpetuación y fortalecimiento de dichos valores morales, dicha misión se realizará no mediante relaciones coercitivas externas, prohibiendo acciones, sino mediante relaciones internas, fortaleciendo actitudes.

Dicha comprensión ético-sustancialista del Estado y la comunidad generará toda una línea de pensamiento, que podemos denominar como *comunitarismo*, la cual, como decimos, adquirirá especial relevancia en Alemania en el momento histórico en que Welzel desarrolla su concepción del Derecho penal. Antes de llegar a ese momento, conviene exponer asimismo algunos epígonos de la misma. Dentro de la sociología –si bien con notables implicaciones ideológicas– es importante citar a Tönnies, y su obra *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887). Este autor establece dos modelos ideales opuestos de sociedad, que responden a dos formas de racionalidad distinta. La «comunidad» se origina a partir de una «voluntad orgánica» (*Wesenwille*) (95) que aúna los afectos, convicciones morales y tradiciones del grupo y los integra en un todo homogéneo. En ella los individuos, al igual que en la comunidad ética hegeliana, están internamente vinculados en torno a una serie de valores supraindividuales que conforman el ser trascendente de la comunidad y a partir de los cuales se identifican y relacionan entre sí los miembros de la

(94) Cfr., por ejemplo, H. MAYER, StR, pp. 60 y ss. Crítico con la concepción hegeliana en este sentido, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 230.

(95) La traducción proviene de la obra de ROCHER, *Introducción a la sociología general*, p. 220.

misma (96). La «*sociedad*», en cambio, surge a partir de lo que Tönnies denomina la «voluntad reflexiva» (*Kürwille*). En ella los individuos no están previamente unidos en torno a una identidad común sobre una serie de tradiciones y convicciones morales, sino que son criterios externos de racionalidad instrumental, basados en el interés de su protección frente a otros individuos y en la intención de evitar así el *bellum omnium contra omnes*, lo que les lleva a formar la sociedad. Ya no es la tradición, sino la convención lo que conforma la asociación de los individuos. Así, mientras la comunidad determina, a partir de la mutua identificación en las tradiciones y valores compartidos, el horizonte de subjetividad y de intereses del individuo, siendo la misma comunidad, como único ámbito de existencia posible, el mayor bien; la sociedad, bajo el modelo ideal del contrato social, representativo de dicha voluntad racional y reflexiva, es conformada por los intereses de los individuos. Si la razón de ser de la comunidad es un *prius* basado en una determinada identidad moral, interna, la razón de ser de la sociedad es un *posterius* basado en el consenso voluntario, externo (97). Hardwig, uno de los pocos penalistas que ha derivado consecuencias dogmáticas y materiales en referencia directa al modelo de comunidad de Tönnies, abunda en dichas diferencias. Afirma, por un lado, que los conceptos esenciales del modelo de la «sociedad» —propios de la modernidad ilustrada— son la libertad, la seguridad, la satisfacción y el daño (98). Por el contrario, lo que define a la «comunidad» son los valores esenciales compartidos, de los cuales surgen unos supervalores, que operarán como requisitos mínimos de supervivencia de la comunidad y, por ello, como pautas básicas de la convivencia dentro de la misma, conformando la actitud (*Gesinnung*) exigible a todo aquel que pertenezca a dicha comunidad (99). El supervalor jerárquicamente más relevante es el de la «comunidad en sí misma», pero ello no entendido en relación a una comunidad concreta, sino al «hecho

(96) Cfr., por ejemplo, ROCHER, *Introducción a la sociología general*, p. 224: En Tönnies «la comunidad constituye pues una totalidad orgánica, en cuyo seno la vida y el interés de los miembros se identifican con la vida y el interés del conjunto».

(97) Sobre la concepción de Tönnies puede verse ROCHER, *Introducción a la sociología general*, pp. 219 y ss.; DAHRENDORF, *Gesellschaft*, pp. 151 y ss.; BICKEL, en «Pipers Handbuch der Politischen Ideen», pp. 138 y ss.; voz «Gemeinschaft», en *Soziologie-Lexicon*, p. 184; voz «Gemeinschaft», en *Staats-Lexikon-Görres Gesellschaft*, pp. 849 y ss. También HARDWIG, *ZStW* 68 (1956), pp. 17 y ss.; el mismo, *MSchrKrim* 1961, pp. 194 y ss.

(98) HARDWIG, *MSchrKrim* 1961, p. 195.

(99) HARDWIG, *ZStW* 68 (1956), pp. 18 y 19.

valorativo de que la vida sin una comunidad no es tan valiosa —o no lo es en absoluto— como la vida en comunidad» (100). El segundo valor fundamental es la disposición de todos los individuos al sacrificio y a la ayuda hacia su comunidad, ya que sin esa disposición la comunidad no perduraría. Y el tercero y último es la fidelidad a la comunidad, asimismo requisito imprescindible para la supervivencia de la misma (101).

Ambos modelos de sociedad son contemplados por Tönnies, en principio, evolutivamente, respondiendo la «comunidad» a grupos tradicionales y pequeños, y siendo la «sociedad» producto de la evolución y creciente complejidad de los grupos sociales, en los que los valores morales, dado el pluralismo en que coexisten, se relativizan y diversifican. No obstante, son modelos ideales, basados en una contemplación no tanto cronológica, como analítica. Ambas formas de asociación, por tanto, pueden concurrir en un mismo momento, agrupando por ejemplo, una sociedad diferentes comunidades. Pero más relevante para nosotros que como modelo de análisis sociológico son sus vinculaciones políticas. Como puede apreciarse, en la teoría sociológica de Tönnies se contraponen en realidad dos tradiciones filosófico-políticas contrarias, oponiéndose al racionalismo iusnaturalista laico de la Ilustración con su modelo social ideal del contrato social, el sustancialismo comunitarista hegeliano, el cual apela a las tradiciones, la etnia o la lengua como lazos vinculantes originarios de la formación grupal (102). Especialmente crítico con la concepción de Tönnies se ha mostrado Dahrendorf, resaltando la clara orientación política del sociólogo, caracterizada por la tendencia a dar predominancia valorativa a la idílica comunidad en la que no existen conflictos entre sus integrantes frente a la egoísta unión de intereses opuestos de la sociedad, y, en general, afirmando que «la dicotomía de Tönnies es históricamente falsa, sociológicamente unilateral y políticamente antiliberal» (103). Antiliberal en tanto en cuanto la concepción cuasi-

(100) HARDWIG, ZStW 68 (1956), pp. 18-19.

(101) HARDWIG, ZStW 68 (1956), p. 19. No deja de sorprender el hecho de que esta concepción sea defendida por Hardwig pocos años después de la dictadura nacionalsocialista. El autor se esfuerza por distinguir (ya en 1961: MSchrKrim 1961, pp. 195 y ss.), dentro de la idea de la comunidad, una comunidad autoritaria, en las que las relaciones de poder se dan verticalmente, y una comunidad cooperativa, en la que las relaciones se dan horizontalmente; pero lo cierto es que, en lo que a consecuencias políticas o jurídicas se refiere, las similitudes son mayores que las diferencias.

(102) Esto es especialmente destacado por DAHRENDORF, *Gesellschaft*, p. 153. Vid. Asimismo, ROCHER, *Introducción a la sociología general*, p. 224.

(103) DAHRENDORF, *Gesellschaft*, p. 154.; ROCHER, *Introducción a la sociología general*, p. 229: «Ha podido afirmarse que su obra contribuyó a la proliferación de

metafísica de la comunidad –tan cercana a la de Hegel– es trasladada por Tönnies a servir de explicación fundacional también del Estado, el cual es expresión última y formalizada del ser de la comunidad, al plasmarse en él los valores que integran su esencia (104). Se unifica, así, lo moral y lo político, lo privado y lo público. En suma, en el modelo político de Tönnies nos hallamos ante la misma concepción ética del Estado y de lo social que en el de Hegel.

Como ha sido mencionado, la contraposición entre individuo y comunidad, entre liberalismo político y estatalismo ético, se dará con especial énfasis en las décadas de los años veinte y treinta en Alemania, hasta llegarse a la degeneración de la concepción estatal hegeliana –o quizá simplemente elevándose al máximo exponente la potencialidad conservadora y autoritaria ya presente en Hegel– en el totalitarismo nazi y en su sacralización de la «comunidad del pueblo» (*Volksgemeinschaft*), como esencia y destino colectivo, como fuente última de todo Derecho y derechos. Elías Díaz (105) ha resaltado lúcida y lúcidamente la íntima vinculación existente entre el organicismo ético y el Estado totalitario: «El organicismo aparece así como un precedente, más o menos inmediato, de los modernos totalitarismos nacionalistas (ejemplo, a través de la comunidad de raza que de allí deriva), aunque, por supuesto, no exclusivamente bajo ese aspecto orgánico-biológico, sino, sobre todo... en su dimensión más depurada de organicismo ético y espiritualista. La sociedad se concibe entonces como un ente moral y un organismo espiritual dotado de fines sustantivos propios, transpersonalistas, diferentes de los fines que corresponden a los hombres que componen esa sociedad, diferentes incluso de los fines a que aspira la mayoría de ellos. La colectividad se sustancializa, se entifica ética y espiritualmente, exigiendo así el ejercicio de un poder y de un Estado de carácter verdaderamente totalitario».

El hegeliano Larenz, a quien puede considerarse un destacado teórico de dicha concepción del Estado (106), plantea con especial nitidez la diferencia entre la concepción liberal y la comunitarista, por lo

los movimientos románticos y nacionalistas alemanes, incluido el nazismo.» Dicho carácter antiliberal es también destacado por GUTMANN, ARSP 1997, p. 53-54, relacionándolo con los actuales defensores del comunitarismo.

(104) Cfr. las referencias literales de Tönnies en DAHRENDORF, *Gesellschaft*, p. 154.

(105) E. DÍAZ, *Estado de Derecho*, p. 63.

(106) Y a quien no puede dudarse en calificarle como un pensador del nacional-socialismo. Como destaca MARXEN, *Der Kampf*, p. 239, Larenz era comúnmente considerado como el filósofo del Derecho de la Escuela de Kiel.

que merece la pena exponer su postura. El individualismo –afirma este autor–, propio del pensamiento racionalista de la Ilustración, parte de la idea de que «la comunidad se funda a partir de la libre razón (*Vernunft*) de cada individuo y de que el fin del Estado consiste únicamente en garantizar de la forma más completa posible la libertad innata que, como esencia racional, posee todo individuo» (107). En este modelo político, «la libertad del individuo razonable (*vernünftig*) (108) es... el valor moral y social supremo» (109). Para Larenz, sin embargo, la concepción individualista no es sostenible. El Estado no puede ser concebido meramente bajo un fin instrumental, y, por tanto, como una convención, sino, por el contrario, ha de entenderse como una esencia ontológica, como un fin en sí mismo: «El Estado es, según su esencia, voluntad. No es algo así como el producto de una voluntad, ya que sólo *es* en cuanto se crea a sí mismo, y sólo se crea a sí mismo en cuanto él quiere ser, y obra como voluntad. Pero una voluntad sólo puede crear el Estado, si los hombres, como órganos del mismo, asumen su querer y su actuar como el querer y actuar del Estado» (110). La voluntad creadora del Estado es, así, la voluntad creadora de la comunidad. «El Estado es la unidad de voluntad histórica del pueblo», y esa unidad de voluntad viene dada por la «estructura espiritual trascendente al individuo... en la que el pueblo se autoconcibe como “vivencia y destino”». Desde esta comprensión, el fin del Estado no es la protección de la libertad individual, sino –en forma similar a la concepción de Mayer de la prevención general– «traer a expresión objetiva el espíritu moral vivo en el pueblo» (111).

(107) LARENZ, *Rechts - und Staatsphilosophie*, p. 95.

(108) El adjetivo *vernünftig* puede traducirse como «racional» o como «razonable». Si especificamos dicha opción es porque la diferenciación entre lo racional y lo razonable (entre lo «Rational» y lo «Vernünftig») jugará posteriormente un papel importante en la fundamentación del Derecho penal que aquí se propondrá.

(109) LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 96, citando a Kelsen.

(110) LARENZ, *Rechts - und Staatsphilosophie*, p. 103. Larenz realiza la misma crítica que ya hiciera Hegel sobre la teoría del contrato social, basada en que el Estado no puede concebirse como una «cosa arbitraria y casual», fruto del arbitrio intersubjetivo, ya que implicaría la negación de la autoridad y majestad de la «totalidad ética» en la que yace la voluntad del Estado, previa a la de los individuos. Cfr. sobre ello, BOBBIO, *Hegel und die Naturrechtslehre*, pp. 88-89. Sobre las críticas nacionalsocialistas a la ideología liberal, cfr. MARXEN, *Der Kampf*, pp. 21 y ss. *Vid.* también la crítica al liberalismo de WELZEL, *Naturalismus*, p. 49.

(111) LARENZ, *Rechts - und Staatsphilosophie*, pp. 104 y 105. Cfr. también AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 217, quien resalta que para la ideología nacionalsocialista el valor esencial no lo constituye el individuo, sino el pueblo, por lo que el mantenimiento de éste –de su identidad cultural, moral y racial– es el fin supremo del Derecho penal. *Vid.* MARXEN, *Der Kampf*, p. 62, sobre la vinculación entre el pen-

Esta hegeliana «metafísica del Estado» (Larenz) fue trasladada al Derecho penal de manera directa por los penalistas más claramente afines a la ideología nacionalsocialista –Schaffstein, Dahm (112)–, pero fue también asumida, más o menos explícitamente y con más o menos reparos, por penalistas que no llevaron a sus últimas consecuencias dogmáticas y materiales los postulados de dicha ideología, aunque no dejaron de plasmar en el Derecho su impronta autoritaria; autores como el primer Gallas (113), H. Mayer (114) o Welzel (115). En todos ellos, en suma, se concibe el Estado como una realidad óptica –no sólo como un deber ser, sino, incluso previamente, como un ser– conformada a partir de la esencia moral que conforma e inte-

samiento de la comunidad sustancial y la concepción del Estado en la ideología nacionalsocialista. En el mismo sentido, entre otros, HASSEMER, *Theorie*, p. 51.

(112) Cfr. la obra programática de ambos autores, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, pp. 8 y ss. y *passim*; DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 11: «La comunidad es una vinculación personificada y viva entre hombres de igual actitud»; p. 12: «Puede verse al hombre, como en la ilustración y el primer liberalismo, como ser razonable y basado en su autosatisfacción... o como ser social, en su relación con el entorno... Nosotros contemplamos al hombre de otra forma, como miembro activo del pueblo (*Volksgenossen*), como miembro de una comunidad concreta». «Toda comunidad se basa en la fidelidad y en la disposición de sus miembros».

(113) Cfr. GALLAS, Gleispach-FS, p. 53: La elección entre la comprensión del delito como lesión de bienes jurídicos o como lesión de deber «es de naturaleza filosófico-política, y en conclusión no puede haber duda: el acento ha de ponerse más en la lesión de deber y menos en la lesión del bien jurídico»; pp. 62-63. Sobre esta base ideológica, frente al «bien jurídico» y el «interés» individual, adquieren relevancia primordial para la construcción jurídico-penal las ideas de «deber» y «actitud» (p. 51). La proximidad y dependencia de las consideraciones de Gallas respecto de la ideología nacionalsocialista es resaltada por AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 228.

(114) Léase la introducción al *Das Strafrecht des Deutschen Volkes* de H. MAYER; el mismo, *Der Verbrechensbegriff*, en la revista *Deutsches Strafrecht*, 1938, pp. 73 y ss: «El delito es la acción que entra en insoportable contradicción con el orden ético del pueblo... el cual es atacado en su poder psicológico y vigencia ideal» (p. 78).

(115) Cfr. WELZEL, *Über den substantiellen Begriff*, p. 228 y pp. 233-234. *Vid.* asimismo, *Naturalismus*, pp. 49, 65, 105 y ss. o p. 118. La similitud de ciertos planteamientos welzelianos con ideas nacionalsocialistas es mencionada por AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 223 y 278, resaltando el carácter antiliberal de ambas posturas; también p. 160 relacionando la teoría de la acción welzeliana con el romanticismo y los presupuestos filosóficos hegelianos. En el mismo sentido MARXEN, *Der Kampf*, p. 41, nota 135; FROMMEL, ADPCP 1989, p. 622. De forma similar, destaca MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 34, que la concepción de Welzel del fin del Derecho penal no puede desvincularse de su filosofía de los valores ontologizante y estatalista. Más en general, una puesta en relación de la función ético-social y de los autores citados: Gallas, H. Mayer y Welzel, además de Dahm y Schaffstein, con el nacionalsocialismo puede verse en MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 365 y ss.

gra la comunidad y que, por ello, prevalece a la autonomía moral del individuo. El Estado –y con él el Derecho penal– no es asumido, así, como un instrumento al servicio de los individuos, sino que, de alguna forma, es fin en sí mismo, ya que encarna y es vehículo de los valores y convicciones sin los cuales la comunidad no podría subsistir y perpetuarse en su «destino histórico» (116). Ya vimos que Mayer otorgaba a la prevención general un fundamento moral, basado en «su determinación de presentar la realidad moral del pueblo» (117). Y es desde dicha moral de la comunidad, institucionalizada en el Derecho, desde donde habrá de valorarse la conducta. En palabras de Gallas, «para la valoración jurídico-penal sólo tienen relevancia los intereses de la comunidad. Ya que frente a la oposición liberal entre el individuo y la colectividad (Estado), en la idea de la *Volksgemeinschaft* como una unidad orgánica abarcadora de sus miembros no hay ya, por un lado, intereses “privados”, y, por otro lado, la protección del individuo se realiza desde su pertenencia a la comunidad» (118). Dicha equiparación del Estado con la comunidad ética, del Derecho con la moral colectiva, ha producido sus frutos en los ámbitos más relevantes del Derecho penal: el delito es concebido como lesión de deber, ya como *infidelidad* frente a los valores de la comunidad, ya –en forma menos politizada– como quebrantamiento de los valores de la actitud (119); la culpabilidad es concebida como reproche basado en la infidelidad a la moral colectiva o al Estado. Y es en esta o similar concepción de la sociedad y el Estado donde puede hallarse el origen filosófico-político de la función ético-social del Derecho penal: la conformación de la conciencia moral de los individuos aparecería así plenamente justificada, ya que las convicciones éticas individuales no pueden entenderse desvinculadas de las convicciones morales del grupo, de la comunidad, sino que, por el contrario, «la comunidad es el fundamento esencial para la conversión en persona de los individuos» (120). Por ello, el fin del Derecho penal no será, en primer lugar, la protección de los intereses individuales, de los bienes jurídicos, sino ejercitar en las conciencias individuales la identidad moral

(116) Vid. WELZEL, *Über den substantiellen Begriff*, p. 228; H. MAYER, StR, p. 9.

(117) MAYER, H., StR, p. 4.

(118) GALLAS, Gleispach-FS, pp. 62-63.

(119) Cfr., en este sentido, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 218, respecto del pensamiento nacionalsocialista de la comunidad y la fidelidad a la misma.

(120) H. MAYER, StR, p. 9. Sobre las bases de la «etización» del Derecho penal en la ideología de los años treinta, cfr., entre otros, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 218; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 365 y ss.

de la comunidad, la cual –dada la línea de continuidad entre la comunidad y el Estado– se presupone manifestada en las normas jurídicas. Y por ello, lo que se exige a los miembros de la comunidad no es, en primer lugar, la evitación de acciones dirigidas a lesionar los intereses de otros individuos, sino que el deber de rango superior será la *fideli-**dad* a las convicciones de la comunidad: al Derecho; en palabras de Hegel, el «supremo deber» de «ser miembro del Estado». Según lo expresa el hegeliano H. Mayer, «al ser el pueblo una totalidad, una concreta realidad espiritual, radica en ello un valor al que de servirse independientemente de la felicidad que ello pudiera conllevar para el individuo o la suma de los individuos... Por tanto, no puede concebirse el Derecho penal como instrumento protector de los intereses individuales» (121), sino que su función será la de «conformar y fortalecer el orden moral del pueblo» (122). Y por ello, el delito no será, en primer lugar, desvalor del resultado, lesión de un bien jurídico, sino desvalor del acto, lesión de deber.

Sin duda, la trayectoria teórica de Welzel –y la de Gallas, posteriormente– recorrió sendas independientes de las seguidas por los penalistas de corte nacionalsocialista, lo que quedó fielmente plasmado en su gran construcción sistemática; sin duda, algunas de sus concepciones esenciales –por ejemplo, el concepto de bien jurídico por él empleado– pueden bien ser defendidas desde premisas liberales; sin duda, Welzel no erigió como misión inmediata del Derecho penal el mantenimiento de la identidad de la comunidad, sino que asumió su fin de protección de los valores de la actitud jurídica como un fin vinculado a la protección de bienes jurídicos –si bien, como puede desprenderse tanto de sus declaraciones programáticas al respecto como de su sistema del delito, ocupando este último fin un rango axiológico inferior. Sin pretender negar todo ello, lo único que aquí intenta resaltarse es una hipótesis respecto de la *razón de ser originaria* del fin ético-social que el penalista alemán atribuye al Derecho penal: dicho fin, en mi opinión, es heredero del estatismo ético hegeliano, de la comprensión ‘comunitarista’ de lo social y de la confusión de Derecho y moral que se da en dicha comprensión ética del Estado.

Antes de concluir, conviene incluir en la exposición todavía una postura doctrinal respecto del fundamento del Derecho penal, la cual, por ser también claro exponente de dicha concepción comunitarista de lo social, puede engarzarse con las posiciones anteriormente tratadas.

(121) H. MAYER, StR, p. 9.

(122) H. MAYER, StR, p. 4.

Es la postura mantenida por el juez norteamericano Devlin, conocida fuera del ámbito anglosajón especialmente a tenor de las críticas realizadas a la misma por H. L. A. Hart, quien ha denominado las argumentaciones del primero como la «tesis de la desintegración» (123). Según Devlin, la moral colectiva es el cemento que da consistencia y cohesión a la comunidad; integrados en torno a unas convicciones comunes, los individuos de una comunidad se identifican como miembros de la misma y orientan su conducta a partir de dicha identidad. El conjunto de convicciones y valores compartidos no es, así, un mero elemento accidental de una sociedad, sino su base estructural esencial, sin la cual la sociedad no estaría en disposición de perpetuar su existencia colectiva (124). Por ello, acciones que manifiesten una desviación de los valores socialmente compartidos conllevan la semilla de la desintegración de la sociedad, ya que corren el riesgo de poner en duda esos valores y debilitar, con ello, la identidad de la comunidad. Dado que —en clara reminiscencia hegeliana— el Estado encarna el espíritu de la comunidad, acciones inmorales para la comunidad —la homosexualidad, por ejemplo, según la moral cristiana que impera, a juicio de Devlin, en las sociedades occidentales—, son equiparadas a actos de sedición a la nación, a la comunidad. Al igual que las tendencias acabadas de ver, todo delito es concebido como un acto de infidelidad hacia esa moral colectiva. Frente a esas acciones, la sociedad tiene derecho a defenderse, afirma Devlin, y el Derecho penal es el medio que ha de activarse para ello. Éste adquiere, entonces, la finalidad de mantener e imponer la moral que rige en la sociedad, castigando las conductas infieles a la misma (125).

Como destaca Wolf, las consideraciones de Devlin vienen amparadas en «los ideales comunitaristas» (126), de igual forma, por ello, que el resto de los autores analizados hasta ahora. No obstante, podría destacarse una diferencia entre la posición de este autor y las deriva-

(123) Cfr. HART, *The enforcement of morality*, pp. 31 y ss.; el mismo, *Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral*, pp. 87 y ss. La muy citada polémica entre Devlin y Hart aparece expuesta, entre otros muchos lugares, en NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 424 y ss.; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 107-108, quien engloba a este autor junto con Welzel, Mayer o Durkheim dentro de las teorías de «fuerza configuradora de las costumbres» del Derecho penal; WOLF, *Verhütung*, pp. 34 y ss.; LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, pp. 48 y ss.; DWORKIN, *Los derechos en serio*, pp. 250 y ss.

(124) Cfr. HART, *The enforcement of morality*, p. 37; LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, p. 49.

(125) HART, *The enforcement of morality*, p. 38; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 107.

(126) WOLF, *Verhütung*, p. 35.

das de Hegel, que consistiría en que, mientras en Devlin la moral de una comunidad es asumida sin ambages como la moral dominante, la cual es preciso proteger y mantener independientemente de la corrección intrínseca de sus valores, en los hegelianos, dado el carácter metafísico del Espíritu objetivo, la moral de la comunidad, siendo igualmente la fácticamente dada, es, *per se*, la moral «verdadera» y «correcta» (127). Por ello afirmábamos que dicha concepción permite una justificación interna valorativa, es decir, basada en sus propios presupuestos políticos, que trasciende la mera comprensión funcional del Derecho: siendo el Estado «lo racional en sí y por sí» (128), manifestación del Espíritu objetivo, las normas jurídicas adquirirán, por el mero hecho de ser la emanación de la eticidad, una justificación *a priori* (129). En este sentido, Ferrajoli califica la concepción idealista de Hegel como un modelo de «formalismo ético», según el cual se asumen «el Derecho y el Estado como valores éticos en sí, independiente de sus bases utilitaristas y de su función de tutela respecto a los ciudadanos» (130). Y por ello, y por el hecho de que la comunidad

(127) La diferenciación entre moral dominante y moral verdadera es expuesta por WOLF, *Verhütung*, pp. 30 y ss., si bien sin citar expresamente a Hegel. La elevación al rango de lo verdadero o lo absoluto de los valores de una determinada cultura aparece, por ejemplo, en WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, p. 57. Cfr., en este sentido, MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 34, quien sostiene que la vinculación directa del Derecho con un orden de valores previamente dado, propia de los años treinta y de la concepción de Welzel, remite a una visión sustancialista del Estado y la sociedad. *Vid.* también la crítica a Welzel de AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 225, resaltando la contradicción existente entre la afirmación de Welzel de que los valores de una comunidad no son algo estático, sino que dependen de la evolución histórica y que, al mismo tiempo, esos valores, por pertenecer a la comunidad concreta, obtienen el carácter de absolutos. Contradicción porque «si la cultura debe desarrollarse, ello sólo puede ocurrir por medio de la puesta en duda de sus valores. ¿Pero cómo podría ocurrir eso respecto de valoraciones que ostentan una pretensión de ser absolutos (*Absolutheit*)?». Una crítica similar, respecto de la fundamentación hegeliana de los valores se encuentra, por ejemplo, en CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 150-151.

(128) Cfr. la crítica que realiza FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 245, nota 39, a la concepción de Hegel, afirmando que en la idea de que «lo real es racional y lo racional es real» se da una falacia naturalista, consistente en derivar el deber ser del ser: en nuestro ámbito, determinar la corrección de los valores (lo racional, el deber ser) del mero hecho de su concurrencia en una sociedad concreta (lo real, el ser). En un sentido similar, CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 132-133, quien afirma que característico de la eticidad hegeliana es la legitimación *a posteriori* de lo dado.

(129) Sobre ello, cfr. brevemente AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 224-225, quien menciona los intentos de los hegelianos de establecer una diferenciación entre la «mera opinión colectiva» y el «auténtico espíritu del pueblo» (Larenz), para afirmar que no existe ningún criterio racional de diferenciación entre ambos.

(130) FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 230.

ética es valorativamente más valiosa que la autonomía moral de los individuos, la internalización de los valores en los ciudadanos se verá también legitimada, ya que la persona sólo es concebida como miembro de la comunidad, es decir, conformada su conciencia ética en armonía con la conciencia ética de la comunidad. Otra diferencia entre Devlin y la corriente hegeliana del fin ético-social, es que el primero dirige su atención más hacia la cuestión de qué conductas deben ser criminalizadas que hacia el fin concreto de la pena. No obstante, y más allá de estas cuestiones, ambas posturas coinciden en el «objeto» primordial a proteger: no, o no sólo, los intereses de los ciudadanos, sino la cohesión del orden social basada en las convicciones valorativas coyunturalmente dadas.

B. EL FIN DE INTEGRACIÓN SOCIAL

Desde esta segunda concepción de la prevención general positiva, la pena abarca un complejo de fines interrelacionados, caracterizados por operar no apelando a la razón de los ciudadanos, sino esencialmente en un plano subconsciente. El fin de la pena es el de estabilizar la conciencia jurídica y la paz social, restituyendo el clima emocional alterado por el delito. Ello se produce por medio de la satisfacción de los instintos de agresión y venganza generados en la colectividad como consecuencia de la acción delictiva. Desde premisas teóricas de la psicología profunda, se afirma que el quebrantamiento del tabú institucionalizado en la norma por el delincuente, conlleva un riesgo de «infección», ya que la colectividad tenderá a imitar el mal ejemplo del delincuente y dejar que sus impulsos inconscientes y agresivos se manifiesten (131). Ello genera, motivado por el sentimiento de culpabilidad producido por la pulsión violenta del inconsciente, una tendencia al autocastigo (132); el cual, proyectado en el chivo expiatorio, se sublima con la imposición del castigo al delincuente. La pena sirve, así, al fin de satisfacción de dichos instintos colectivos de venganza, restableciendo el equilibrio afectivo y restituyendo la vigencia del tabú, fortaleciendo con ello el súper yo formado por la internalización de los valores inscritos en las mismas (133). El castigo sobre el delincuente conlleva, además, un fundamental mecanismo de integración:

(131) STRENG, ZStW 92 (1980), pp. 642-643; sobre ello también HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, pp. 87 y ss.

(132) STRENG, ZStW 92 (1980), pp. 643 y 644.

(133) STRENG, ZStW 92 (1980), pp. 643-645. Sobre el mecanismo del chivo expiatorio y su aplicación a las consideraciones sobre la pena pública, cfr. JÄGER, *Psychologie des Strafrechts*, pp. 109 y ss.

con la satisfacción producida por el castigo y por medio de la exclusión y estigmatización simbólica de aquél, el grupo reafirma y refuerza sus lazos morales y afectivos, cohesionando sus vínculos. «La exigencia de punición del delincuente debe poner frente a todos de manifiesto, que las normas son respetadas y por ello –y a diferencia del ‘delincuente’– la colectividad se aparta de los hechos penales; de este modo viene a resaltarse que se pertenece a la gran comunidad de los “justos”» (134).

La prevención de integración es también mantenida como fin esencial de la pena por otros autores que, no obstante otorgar menor relevancia al bagaje teórico de la psicología profunda, operan con similares medios para ello y llegan, por ello, a similares conclusiones (135). Para Müller-Dietz, quien vincula el fin de integración con el de la «defensa del ordenamiento jurídico», misión de la pena es la de «mostrar ante la comunidad jurídica la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico... y fortalecer y estabilizar la conciencia jurídica» (136); en parecido sentido, se muestra Roxin partidario de un fin de «“satisfacción del sentimiento jurídico”... y con ello del restablecimiento de la paz jurídica quebrantada por el delito» (137).

Desde esta perspectiva –especialmente la basada en principios de psicología profunda–, se afirma, en forma similar a las tesis de Durkheim, que la génesis y la razón de ser de la pena estatal radica en la formalización organizada y canalizada de los sentimientos de venganza colectivos. La pena –afirma Achenbach– «integra la necesidad individual o colectiva de retribución y venganza en un procedimiento regulado jurídicamente» (138). El fin de integración abandona el momento preventivo de amenaza de pena, y vincula sus efectos a la imposición de la pena concreta. Consecuentemente, es presentada por sus defensores como una reformulación de la teoría retributiva clásica desde premisas funcionales, como ya habíamos adelantado en la introducción: «las teorías absolutas de la pena –afirma Streng, desde una interpretación psicologizante de la teoría hegeliana– se revelan como reflejo filosófico de formas elementales y ubicuas de reacción afectiva a quebrantamientos del Derecho» (139). Retribución es, así, tra-

(134) STRENG, ZStW 92 (1980), p. 646.

(135) En este sentido, LUZÓN PEÑA, *Prevención general*, p. 152, en relación a la tesis de Roxin.

(136) MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention*, pp. 817-818 y 819.

(137) ROXIN, *Wiedergutmachung*, p. 48.

(138) ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140; en el mismo sentido, STRENG, ZStW 92 (1980), p. 650.

(139) STRENG, ZStW 92 (1980), p. 649.

ducido como «necesidad social de retribución». Por ello, pena y culpabilidad se ordenan como un *continuum* funcional, según el que la culpabilidad se convierte en un criterio instrumental en aras del fin de la integración colectiva. El contenido de la culpabilidad parece moldearse en función de dichas necesidades psico-sociales: la idea de lo «justo» parece significar ahora «la medida de necesidad de venganza suficiente para la satisfacción colectiva» (140). En palabras de Achenbach: «únicamente la pena que se sienta justa podrá ser admitida por los miembros de la comunidad como reacción adecuada» (141). La misma idea es expresada por Müller-Dietz cuando afirma que «La población debe encontrar «justa» *en el caso concreto* la sentencia judicial; es decir, debe ser asumida en consonancia con su sentimiento jurídico» (142). Por ello, afirma Streng, «la culpabilidad del autor se muestra, pues, como un mero reflejo de las necesidades emocionales del juzgador, como el correlato proyectado sobre el autor de las necesidades de pena de los ciudadanos o del juez» (143). La graduación de la pena por la culpabilidad queda entonces definida, en palabras de Roxin, como la «pena por la culpabilidad que satisface el sentimiento psicológico-social de justicia» (144).

En suma, según esta comprensión la pena opera como un mecanismo de integración y cohesión afectiva de la comunidad, que se produce a través de satisfacción de deseos irracionales de venganza colectiva por medio del castigo. Es, entonces, la exclusión del «desviado» lo que genera la integración del grupo. Ello parece también desprenderse de la postura de Roxin, quien refiere la idea de la integración al «efecto de satisfacción que se produce cuando el delincuente ha hecho lo suficiente para que la conciencia jurídica general se tranquilice respecto del quebrantamiento del Derecho y contemple el conflicto con el autor como resuelto» (145). Es decir, el delincuente es excluido temporalmente –simbólica y fácticamente– de la comunidad de los «justos» –como afirmaba Streng– hasta que ésta ve satisfecha su necesidad de castigo y, fortalecida su cohesión y vínculos emocionales, le permite «reintegrarse» en su seno. Desde esta perspectiva, la comprensión de lo social que parece subyacer bajo las teorías de integración remite, al menos tendencialmente, a similares presupuestos socio-polí-

(140) En este sentido, críticamente (si bien el entrecomillado del texto no responde a una cita literal), SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 235-236.

(141) ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140.

(142) MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention*, p. 819. (Cursivas añadidas.)

(143) STRENG, ZStW 92 (1980), p. 656-657.

(144) ROXIN, *Wiedergutmachung*, p. 48.

(145) ROXIN, *Wiedergutmachung*, p. 48.

ticos que la mantenida por las posiciones incluidas dentro de la función ético-social, los cuales hemos denominado con el término genérico de «comunitaristas». Ello se hace patente si nos acercamos a la concepción de la sociedad y de la pena inherente a un sector del funcionalismo sociológico, en cuyos planteamientos pueden rastrearse los orígenes teórico-sociales de las teorías de la integración. En el funcionalismo, la sociedad no es asumida, como lo es en el individualismo de raigambre liberal, como la unión de un conjunto de individuos, sino que la misma se contempla como una estructura orgánica, regida por sus propias reglas y, al igual que los organismos individuales, orientado a su propia pervivencia. Así, dentro de la estructura del sistema social, los procesos que tienen lugar son caracterizados bajo el binomio de lo funcional y disfuncional respecto de la estabilidad del sistema, criterio esencial de valoración de los fenómenos sociales. Dicho colectivo orgánico aparece estructurado, en las concepciones de Durkheim y Talcott Parsons, en torno a la tradición de valores y convicciones comunes, las cuales aglutinan, de igual forma que el sustancialismo ético hegeliano, la identidad del mismo. A partir de estas premisas, se elevará el Derecho a instrumento, entre otros medios de control y organización social, de socialización e integración del colectivo, operando al fin del mantenimiento de dichos valores en la conciencia de los individuos y manteniendo el clima de identificación y cohesión del colectivo social (146). Clara muestra de esa concepción de lo social y del Derecho

(146) En general sobre las críticas vertidas contra el funcionalismo, cfr. OTTO, H.-J., *Generalprävention*, pp. 30 y ss.; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 50 y ss. Cfr., además, SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, pp. 54-55: «En el análisis funcionalista-sistémico el Derecho se entiende opuesto al individuo; no es “su” Derecho, sino el Derecho del sistema. Su función consiste en el establecimiento de un funcionamiento lo más libre de conflictos, lo más “armónico” posible; en la creación de una “cooperación productiva” en la cual el individuo participa indirectamente como “parte del sistema”; por ello mismo los intereses del individuo serán también sólo indirectamente garantizados». AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 362; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 111: «Hablar de la funcionalidad de un fenómeno social presupone veladamente una estructura homogénea de la sociedad, una concordancia entre los intereses de los distintos grupos»; LÜDERSEN, *ZStW* 107 (1995), pp. 883-884. Respecto al funcionalismo de Durkheim, *vid.* por ejemplo, las críticas en la misma dirección de WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, pp. 249 a 255. En cualquier caso, debe resaltarse que no todo el funcionalismo deriva consecuencias para el Derecho de esos procesos de socialización y cohesión en torno a valores y tradiciones. Así, Luhmann, a diferencia de Durkheim, parte de una rígida separación entre Derecho y moral (cfr. *infra* Capítulo segundo, I, 3, D); hasta el punto que su metodología positivista prescinde de toda referencia de legitimación ético-normativa externa al Derecho positivo (cfr. críticamente HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pp. 110 y ss., pp. 114-115; GARCÍA AMADO, *AFD* 1986, pp. 174 y ss.).

es la posición de Durkheim, en el modelo de lo social donde opera el Derecho penal (147).

Para Durkheim, la pena sirve al restablecimiento de la «conciencia colectiva». Ésta es definida como el conjunto de valores, creencias y afectos que aglutinan la identidad de la comunidad, la cual es aprehendida como un todo orgánico independiente y previo a los individuos que la conforman (148). Con la imposición de la pena, comprendida como «reacción pasional» (149), los instintos irracionales de venganza –la «cólera pública», en expresión de este autor– son sublimados y canalizados, restableciendo el clima de «solidaridad social»: integración, anterior al delito (150). Al igual que los autores acabados de exponer, para Durkheim la noción de venganza ocupa un lugar fundamental en su comprensión del fenómeno punitivo (151). El sentimiento de venganza y su satisfacción, concebido por Durkheim como un mecanismo de defensa de la conciencia colectiva, es lo que socialmente ha venido siendo aprehendido bajo la idea de justicia; en este sentido, «cuando en los tiempos actuales se habla de un castigo justo, se está haciendo referencia en forma sublimada a ese sentimiento ancestral de ira colectiva, con la cual el grupo activa sus mecanismos de reacción y repulsa frente

(147) DURKHEIM, en su obra *La división del trabajo social*, *passim*, establece dos modelos de sociedad. El primero está basado en la «solidaridad mecánica», según la cual la unión social viene establecida a partir de la identificación de sus miembros en torno a valores y afectos comunes. Es en este modelo donde el Derecho represivo –penal– operará como factor de integración, manteniendo y reforzando la «conciencia colectiva» (*vid.* a continuación en el texto). El segundo modelo es el basado en la «solidaridad orgánica», en el cual no existe esa vinculación fuerte en torno a convicciones y tradiciones, sino que la integración se produce por la distribución organizada del trabajo; por ello, en este modelo predominará el Derecho restitutivo –civil–. En suma, toda aplicación del Derecho penal en este autor viene referida al primer modelo, tan similar al de «comunidad» de Tönnies y al derivado de la identificación entre moral y comunidad que ya vimos más arriba. Modelo, además, por el que Durkheim manifestaba notable predilección política, al igual que Tönnies respecto de la «comunidad». En este sentido, *cfr.* WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, p. 249, quien llega a afirmar que «la finalidad secreta de la sociología de Durkheim es la apología del espíritu de la comunidad», y que, tras la metodología sociológica –basada en la mera contemplación «de los hechos sociales»– se esconde en Durkheim una dirección política uniforme y de talante conservador.

(148) DURKHEIM, *La división del trabajo social*, p. 94; FAUCONNET, *Verantwortlichkeit*, pp. 293 y ss, p. 294; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 157 y ss.

(149) DURKHEIM, *La división del trabajo social*, p. 106, p. 113; en el mismo sentido, el discípulo de éste, FAUCONNET, *Verantwortlichkeit*, p. 294.

(150) Sobre todo ello, *cfr.* los estudios sobre la pena y el Derecho en Durkheim realizados por GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, pp. 109 y ss.; BULLASCH, *Rechtsnorm*, pp. 67 y ss. y *passim*; y MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 145 y ss.

(151) *Vid.* especialmente MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 164 y ss.

a actos desviados de sus representaciones comunes, reacción pasional que revierte en la cohesión afectiva de la comunidad» (152).

No otro es el fin de la pena para el sociólogo francés: la sanción pública sirve al fin de «mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común. Si se la negara de una manera categórica, perdería aquélla necesariamente su energía, como no viniera a compensar esta pérdida una reacción emocional de la comunidad, y resultaría entonces un aflojamiento de la solidaridad social. Es preciso, pues, que se afirme con estruendo desde el momento que se la contradice, y el único medio de afirmarse es expresar la aversión unánime que el crimen continúa inspirando». La pena es, así, «el signo que testimonia que los sentimientos colectivos son siempre colectivos, que la comunión de espíritus en una misma fe permanece intacta y por esa razón repara el mal que el crimen ha ocasionado a la sociedad» (153).

Tras contemplar la postura de Durkheim, puede afirmarse que el fin *esencial* que persigue la pena en la concepción de la prevención de integración es el mismo que persigue la función ético-social: mantenimiento de los vínculos afectivos que fortalecen la identidad social, restablecimiento del «orden moral» (154). No obstante, debe destacarse una diferencia en ambas teorías, en lo tocante a esos vínculos –y por tanto, en lo relativo a los medios de integración–. Así, mientras que en la función ético-social el objeto de estabilización es la moral juridificada del colectivo, puesto que se parte de que la identidad viene conformada en torno a los valores morales, con Durkheim –y con las teorías basadas en el chivo expiatorio– se destaca, además, el componente de irracionalización: la identidad de la comunidad no viene dada sólo por los valores y convicciones morales, sino asimismo por los afectos y sentimientos inconscientes del colectivo, pretendiéndose así la estabilización de un «clima emotivo» (155) a través de la estigmatización del delincuente, sobre quien se vuelcan los instintos agresivos de venganza, satisfechos mediante la imposición del castigo (156). En cualquier caso, también en Durkheim –al igual que

(152) Cfr. sobre ello BULLASCH, *Rechtsnorm*, p. 72.

(153) DURKHEIM, *La división del trabajo social*, p. 127. Sobre el fin de la pena en el sociólogo francés, puede verse, además de la obra citada en nota anterior, también NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, pp. 99 y ss.; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 164.

(154) FAUCONNET, *Verantwortlichkeit*, pp. 294, 298.

(155) GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, p. 125.; BULLASCH, *Rechtsnorm*, p. 71.

(156) La acentuación en Durkheim de los afectos y emociones irracionales es destacada por GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, pp. 39-40, 115, 122; BULLASCH, *Rechtsnorm*, p. 71; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 145 y ss., pp. 162 y ss.

en las versiones actuales de la prevención de integración— el restablecimiento del estado de paz emotiva operará en aras de la internalización de los valores morales plasmados en las normas. En este sentido, Wössner, entre otros autores, ha destacado la importancia que Durkheim atribuye a la educación colectiva: «A través de la educación, la cual juega un papel esencial en todo el sistema social, se producirá la subjetivación (internalización) de las normas institucionalizadas. El colectivo, con la ayuda de la educación, vela sobre la inducción de determinadas estructuras de motivación en los individuos inmersos en la sociedad. Y las sanciones, dispuestas contra las conductas desviadas de las representaciones colectivas, sirven, al modo de una policía moral, a la estabilización del consolidado sistema social» (157). En suma, la función atribuida a la pena se organiza a partir de las necesidades de venganza que surgen en el colectivo social, con el fin de estabilizar y fortalecer el clima emotivo y moral y mantener, así, la cohesión e integración de la colectividad; por ello, como vimos que ocurría en la actual versión de la prevención de integración, la medida de punición vendrá determinada, no por la gravedad del bien jurídico lesionado, sino por la intensidad de la indignación de la comunidad, determinando una pena que compense tal indignación, en aras de la pacificación colectiva. En este sentido, afirma Gephart que en Durkheim, la pena «es retribución. Pero no por la lesión de un bien jurídico, sino por la alteración de sentimientos profundamente enraizados en la vida de la comunidad, cuya estabilidad es la condición de la existencia de la solidaridad social» (158). Por ello, «el principio de proporcionalidad es establecido a partir de la equivalencia entre la intensidad de la alteración del orden emocional y su reacción restitutiva» (159).

Dentro de las tendencias sociológico-políticas (160) que comparan dicha comprensión de la sociedad no puede dejar de citarse, antes

(157) WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, p. 252.

(158) GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, p. 123.

(159) GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, p. 127; en el mismo sentido, FAUCONNET, *Verantwortlichkeit*, p. 299.

(160) La equiparación argumentativa entre perspectivas sociológicas y políticas podría aparecer como contraria al principio que exige la separación entre el ser, propio del ámbito de la *observación* sociológica, y el deber ser, propio del ámbito de la *decisión* en que opera el Derecho. Pero, como ya ha sido mencionado respecto de sociólogos como Tönnies o Durkheim (una puesta en relación entre ambos puede encontrarse en MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 152 y ss., resaltando el conservadurismo y pesimismo cultural que une a ambos), tras las argumentaciones sociológicas, late una tendencia política definida. En cualquier caso, la distinción entre el ser y el deber ser en relación a la introducción de las ciencias sociales en el

de concluir, a Talcott Parsons. Este autor continúa la senda iniciada por Durkheim, apoyando además sus tesis en las investigaciones de psicología profunda realizadas por Freud, con las cuales, si bien eran desconocidas por Durkheim, acaba por llegar a idénticas conclusiones que éste (161). Para el sociólogo americano –cuya posición es, al igual que la de Durkheim, incluida por Hart en la «tesis de la desintegración» con que define la de Lord Devlin (162)–, la esencia de la integración social yace en la identificación interna en torno a valores morales (163). Y como vehículo dirigido a mantener dicha integridad, el Derecho se erige en factor esencial de socialización, por medio de cuyas normas se internalizan los valores que rigen en la sociedad, conformando el super-yo de los ciudadanos con los valores compartidos y cohesionando así una «comunidad ética», sin la cual resultaría inviable la pervivencia de la sociedad (164). En resumen, misión de la pena y del Derecho punitivo no es la protección de los intereses de los ciudadanos (bienes jurídicos) por medio de la evitación de conductas –eso es comprendido por estos autores sólo como un efecto secundario producido por la internalización de valores (165)–, sino el fortalecimiento de los lazos que aúnan la identidad de la comunidad.

Pero la comprensión de la pena como retribución basada en la canalización de la venganza colectiva no puede atribuirse sólo a las concepciones funcionalistas, sino que, más allá de éstas, parece formar parte esencial de la comprensión del *ius puniendi* de las concep-

Derecho penal es un tema demasiado complejo para poder ser abarcado aquí. Sobre algunos aspectos de esa cuestión, remito a ALCÁCER GUIRAO, NDP 1998, B, pp. 389 y ss. En cualquier caso, con relación a este aspecto metodológico respecto a Durkheim, no le falta razón a MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 146, cuando afirma que «Durkheim no es un sociólogo del Derecho, sino un teórico moral y, en cierto sentido, también un moralista».

(161) Así, OTTO, H.-J., *Generalprävention*, p. 24. Respecto de la relación entre las tesis de Freud y Durkheim, cfr. p. 172, citando a Talcott Parsons: «Este hecho de la internalización de valores fue descubierto, de forma independiente entre sí y de sus diferentes perspectivas, por Freud en su teoría del super-yo y por Durkheim en su teoría de la institucionalización de las normas morales. El hecho de que ambos pensadores, partiendo de premisas diversas, hayan llegado a la misma conclusión, crea un punto de inflexión en la evolución de la ciencia social moderna.»

(162) HART, *Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral*, pp. 91-94

(163) Como afirma HORMAZÁBAL, *Bien jurídico*, pp. 98-99, citando a Gouldner: «para Talcott Parsons, el mundo social es antes que nada un mundo moral, y la realidad social, una realidad moral... [por ello]... el orden es definido desde la adhesión al código moral.»

(164) Cfr., sobre la posición de T. Parsons, OTTO, H.-J., *Generalprävention*, pp. 17 y ss., pp. 170 y ss.; SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, pp. 52 y ss.

(165) Así, GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, p. 129, en relación a Durkheim.

ciones «comunitaristas» de la sociedad. Como ejemplo, puede traerse a colación la postura mantenida por el juez victoriano Stephen. Dando lugar a un destacable paralelismo histórico, la polémica entre el liberal Hart y el comunitarista Devlin había sido planteada ya, casi cien años antes y en términos prácticamente idénticos, entre el juez Stephen y Stuart Mill (166). La concepción liberal de éste, centrada en la separación del Derecho penal de las convicciones sociales en materia de moral y en la limitación de aquél a las acciones que causarían daño a otros individuos, con el fin de servir de instrumento social dirigido a proteger la libertad de los ciudadanos (167), es duramente criticada por Stephen (168). Para el juez inglés el sentido del Derecho penal no puede encontrarse en la protección de libertad individual, sino, de forma similar a Lord Devlin, en la supresión del vicio y la promoción de la virtud colectiva. Por ello, la pena tiene el fin fundamental de expresar la indignación moral y reproche despertado en la comunidad hacia quien se desvía de sus valores. En palabras de Betegón, incluyendo citas textuales del propio Stephen, para éste «los delitos comunes... si son prohibidos o merecedores de castigo, no lo son sólo por preservar a la sociedad del peligro que representan, “sino también para gratificar el sentimiento de odio –llámese venganza, resentimiento o como se quiera– que la contemplación de tal conducta provoca en las mentes sanamente constituidas”»; de esa presunta verdad deduce Stephen que el Derecho penal representa “la afirmación enfática del principio acerca de que el sentimiento de odio y el deseo de venganza son elementos importantes de la naturaleza humana y que deben, en tales casos, ser satisfechos de manera pública y regular”» (169).

Aun a riesgo de abundar demasiado en la exposición de ejemplos, merece destacarse, en último lugar, la reciente concepción del autor norteamericano Oldenquist, por cuanto viene a poner claramente de manifiesto la vinculación existente entre las tesis comunitaristas y la retribución como «teoría expresiva» de la pena basada en el reproche moral y vindicativo, orientada al fin último de autoafirmación de los

(166) Referencias a esta discusión en NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, p. 423; o en BETEGÓN, *La Justificación del castigo*, p. 302 y ss., entre otros. La similitud y hasta identidad de las consideraciones de Stephen y las de Devlin es resaltada por HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 16; y por NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 271

(167) Expuestas en su famosa obra *Sobre la libertad* (1859), *passim*.

(168) En su obra, concebida como respuesta a la obra de S. Mill, *Liberty, Equality, Fraternity* (1873).

(169) BETEGÓN, *La justificación del castigo*, pp. 302-303

valores de la comunidad. La idea de «comunidad», al igual que para autores ya citados, implica para este autor una asociación en la cual sus miembros, dada una identificación «fuerte» en torno a valores y convicciones, internalizan un sentimiento de pertenencia y dependencia mutua, lo que conlleva la asunción de un deber de lealtad y fidelidad a la misma. Ello es así porque la «comunidad orgánica» es sentida por sus miembros como un valor en sí mismo, si bien un valor no instrumental, sino como «un bien común que trasciende la noción de una mera asociación de intereses», desde el cual se conformará la identidad moral y deberes de aquéllos (170): «Una comunidad ética es una intrincada red de expectativas y deberes sentidos» (171). Esa sensación de pertenencia y de lealtad a la comunidad implica, afirma Oldenquist, que «sus miembros... tienden a sentirse orgullosos cuando su comunidad prospera, avergonzados cuando es menospreciada, e indignados cuando es lesionada» (172), lesión que se produce cuando sus valores, mediante acciones delictivas, son seriamente quebrantados. Dicha lesión, al igual que afirmaba Devlin, «conlleva un sentimiento de traición entre los miembros rectos de la comunidad» (173). Y fin de la pena y del Derecho penal es *restablecer* esa sensación de pertenencia e identidad quebrantada a través de la imposición de un castigo al «traidor», el cual sirve como medio de expresión de la indignación colectiva y por el que la comunidad se reafirma en sus valores. Así, afirma este autor que la raíz de la justicia retributiva es la venganza, la cual pasa a convertirse en una «categoría moral...sólo cuando es la expresión de una comunidad ética, haciéndose depender de las convicciones esenciales de la comunidad ética al mismo tiempo que, parcialmente, la define» (174). Con la imposición del castigo la colectividad expresa su indignación y reproche moral a quien ha quebrantado los valores compartidos; y es del grado de esa indignación y de la demanda de retribución de donde habrá que determinarse la medida del castigo, indignación que dependerá «de la atrocidad del acto y del grado en que el delincuente es asumido como uno de los nuestros, con un bien común compartido» (175). Con la imposición organizada y pública del castigo, en acto ceremonial y simbólico, por un juez de la comunidad, «no es un individuo sino el pueblo, el colectivo, quien se expresa. Es la tribu de la persona, una colectividad de la

(170) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, pp. 132-133.

(171) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, p. 143.

(172) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, pp. 132-133.

(173) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, p. 134.

(174) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, pp. 134-135.

(175) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, p. 147.

cual lo individual adquiere su sentido de identidad y del cual es dependiente» (176). «El castigo a los criminales es un ritual por medio del cual una comunidad ética... afirma su confianza y la importancia de sus valores, y con ello su viabilidad como comunidad ética», concluye Oldenquist (177).

El cúmulo de ejemplos citados dan, a mi modo de ver, una imagen fidedigna acerca de la comprensión del Derecho penal en las concepciones comunitaristas. Respecto a este epígrafe puede concluirse que si, como se ha afirmado, similar es el fin de la pena en la prevención de integración y en el fin ético-social (genéricamente: estabilización de un clima moral y afectivo con el fin de cohesionar la identidad del colectivo) ello es debido a la similar concepción de la configuración social y política en los orígenes de ambas teorías. El Espíritu objetivo hegeliano, que aún en su ser las voluntades individuales, es trasunto de la «conciencia colectiva» de Durkheim (178), la cual es expresión de una «unidad supraindividual, una sociedad orgánica» en la que «el individuo, de igual forma que el órgano individual en el organismo, viene determinado a partir de su función para el todo» (179). También en él la subjetividad de los individuos vendrá determinada por la del todo social (180). Y también en él, en palabras de Wössner, «la moral y la sociedad se identifican mutuamente» (181), por lo que fin del Estado, como vehículo y expresión de las colectivas, será «la inducción de la moral comunitaria en el individuo» (182).

C. LA PROTECCIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

Como acaba de ponerse de manifiesto, el fin que las anteriores teorías persiguen va dirigido al *restablecimiento* de un *statu quo* que ha sido quebrantado por el delito. Y dicho *statu quo*, dicho estado anterior a la irrupción del delito, consiste en la especial vinculación moral y afectiva que une y cohesionan al grupo social, a la comunidad, la cual corre el riesgo de quebrarse si los valores comunitarios son puestos seriamente en duda por la acción del delincuente. Sin duda, el restablecimiento de dichos valores y la restitución de la identidad moral, ya por medio de la afirmación sim-

(176) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, p. 135.

(177) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, p. 135.

(178) En este sentido, WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, p. 251.

(179) WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, pp. 250-251.

(180) BULLASCH, *Rechtsnorm*, p. 41.

(181) WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, p. 242.

(182) WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, p. 247.

bólica de los mismos y de su internalización, ya por medio de la satisfacción de la indignación y sentimientos de venganza por medio de la pena, opera asimismo en relación a la evitación de acciones lesivas para los intereses de los miembros del colectivo social, pero, como doctrinas *comunitaristas*, el Derecho penal se erige, antes que como instrumento al servicio de los intereses individuales (propio de las doctrinas liberales), como factor socializador y organizatorio, destinado a proteger, por decirlo así, el *todo*, el organismo social que aglutina y al tiempo trasciende valorativamente a sus individuos. Lo protegido es, en suma, la identidad o el orden valorativo, conformado éste esencialmente a partir de la internalización de los valores jurídico-penales incardinados en las normas, los cuales ostentan una justificación apriorística, en tanto elementos que dan identidad a la comunidad.

El modelo de prevención general positiva basado en la protección de la expectativa normativa —o de la vigencia de la norma— del que ahora paso a ocuparme presenta ciertas similitudes con los anteriores, si bien asimismo notables diferencias. Desde el punto de vista de su ascendencia reciente —ascendencia que, como veremos, puede remontarse a momentos históricos más alejados—, sabido es que dicho fin de la sanción pública es introducido por Jakobs en la teoría sobre la pena a partir de la concepción sociológica de Luhmann. La concepción sistémica de lo social mantenida por este autor parece auspiciar, al igual que las anteriores teorías, una visión organicista u holista, como numerosos críticos han resaltado (183). Asimismo, la exclusión del individuo del sistema social y su situación, como sistema psicofísico autónomo, en el entorno de aquél (184), es objeto de una encendida polémica acerca del abandono de los intereses del sujeto en aras de las necesidades funcionales del sistema social (185). Por último, como teoría funcionalista, se asume como hecho que la función de todo sistema —y por ello, la orientación de las comunicaciones y decisiones tomadas autorreferencialmente en el seno del mismo— radica en su

(183) Entre otros, SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, pp. 39 y ss.; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 111; LÜDERSSEN, *ZStW* 107 (1995), pp. 883-884; LÓPEZ CALERA, *Funciones del Derecho*, p. 426.

(184) Así, en la teoría de sistemas de Luhmann. Cfr., LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 346 y ss.; el mismo, *Rechtssoziologie*, p. 134: «hombre y sociedad son para cada cual entorno». *Vid.* Sobre ello, además, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 353 y ss., pp. 388 y ss.; VEHLING, *Die Abgrenzung*, p. 93, nota 18.

(185) *Vid.*, entre otros, SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, p. 43; BARATTA, *CPC* 1984, p. 550; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 51.

propio mantenimiento y pervivencia (186), lo que lleva a sus críticos a calificar dicha concepción de lo social como una teoría conservadora, dirigida a mantener el *statu quo*, y tendente al inmovilismo, a negar los conflictos sociales y a impedir el cambio (187). Las tres características citadas –tendencia al organicismo, supeditación del individuo frente al sistema y fin de pervivencia del sistema– parecen asimilar la concepción luhmaniana al núcleo del pensamiento político comunitarista.

Las similitudes también son patentes en el ámbito de la teoría jurídica del delito y de la pena. Desde esta perspectiva sistémico-funcionalista, el delito no es concebido como la lesión de un interés individual, de un bien jurídico, sino que la comprensión de su lesividad viene presidida por una perspectiva social: la acción es merecedora de pena porque quebranta la norma y pone en duda su vigencia en la sociedad; lo protegido es, así, la vigencia de determinadas expectativas de conductas establecidas en las normas jurídicas, y no los bienes jurídicos. Consecuentemente, la pena no sirve al fin de prevención de lesiones a bienes jurídicos, sino que su misión radica, atendándose esencialmente a la pena impuesta, en el mantenimiento de la estabilidad normativa del Derecho. También consiste, por tanto, en el restablecimiento del *statu quo* anterior al delito.

Dejando aparte, por el momento, esta serie de críticas, aquí habré de limitarme exclusivamente al estudio del fin de la sanción en la teoría luhmaniana, cuya legitimidad como fin no tiene por qué depender de la legitimidad de otros aspectos de su concepción, como, por ejemplo, la relación individuo-sociedad en el ámbito de la distribución de la pena (relación prevención/garantías). Lo mismo puede decirse de la concepción de Jakobs, sobre cuya comprensión de la culpabilidad nos ocuparemos, brevemente, en un epígrafe posterior.

Como introducción a la teoría de la protección de la expectativa normativa conviene resaltar desde ahora una diferencia sustancial que distingue la posición de Luhmann frente a las anteriores concepciones de la prevención general positiva, y que permitirá desvincular su concepción del sostén filosófico-político de éstas. Ésta radica en que la comprensión luhmaniana del Derecho parte, a diferencia de aquéllas,

(186) Vid. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 353 y ss.; BOCK, ZStW 103 (1991), p. 648; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 50; LÓPEZ CALERA, *Funciones del Derecho*, p. 462.

(187) Cfr., entre otros, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 123: la potencialidad crítica de las teorías funcionales es sorprendentemente ínfima; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 345; BARATTA, CPC 1984, p. 550; KIM, *Zur Fragwürdigkeit*, p. 27; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 50.

de una estricta separación del Derecho y la moral. Según el sociólogo alemán, el Derecho en las sociedades complejas e industrializadas, como sistema autónomo, opera y se reproduce con sus propios criterios, los cuales se diferencian de los propios del sistema de la moral. La moralización de las pautas de creación y estabilización del sistema jurídico llevaría a una confusión de planos comunicativos y de funciones sociales, afirma este autor (188). Desde esta premisa, puede ciertamente establecerse una diferenciación respecto de las anteriores teorías y, por ello, de la comprensión del Derecho en el funcionalismo de Durkheim y de Talcott Parsons (189); afirma por ejemplo Luhmann que «con una separación estricta entre Derecho y moral el Derecho se distancia de la función de un regulador de las conciencias en el sentido de un aseguramiento de la propia identidad normativa de una personalidad individual». En las sociedades actuales, «la conciencia no puede ya ser el lugar donde el Derecho superior se promulga, sino que debe ser protegida frente al Derecho» (190). La reminiscencia liberal de la anterior declaración se ve confirmada cuando afirma que «el criterio del Derecho no puede adoptar ya la forma de un fin moral de justicia como algo... individualmente deseable. *La separación entre Derecho y moral se convierte en una condición de la libertad*» (191). Ello es lo que le lleva a rechazar toda función educativa, socializadora o moralizante como función del Derecho (192).

Pero, además de la renuncia a dichos fines, que podemos denominar comunitaristas, Luhmann parte también del rechazo a todo fin directivo de conductas. Ante la opción entre el fin de *Verhaltensteuerung* o el de *Erwartungssicherung*, si bien admitiendo la complementariedad de ambos, Luhmann reduce a única misión del Derecho –y del Derecho penal, por tanto– la de asegurar las expectativas normativas plasmadas en las normas (193). En otras palabras, para Luhmann

(188) Cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 223-224. Sobre la diferenciación entre sociedades arcaicas y complejas, en lo tocante a las relaciones moral y Derecho, *vid.*, en la misma obra, p. 91.

(189) La tendencia a un cierto individualismo en el análisis sociológico del Derecho en Luhmann y su diferencia en este sentido con Talcott Parsons es resaltada por SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, p. 43; también por LÜDERSEN, *ZStW* 107 (1995), p. 891, extendiéndolo a Jakobs y resaltando, en cualquier caso, cierta incongruencia argumental entre ese individualismo y su concepción general del sistema social como organismo.

(190) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 224.

(191) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 223. Cursivas añadidas.

(192) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 224-225.

(193) Cfr. LUHMANN, *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltensteuerung?*, pp. 73 y ss. (p. 89). Sobre la compatibilidad de ambas, *vid.* p. 74.

la norma de conducta carece de una función destinada a motivar o dirigir la actuación de los ciudadanos; más en general, las normas penales y la pena no sirven al fin de prevención de conductas futuras, sino únicamente a la expresión institucionalizada (normas) y a la estabilización y reafirmación de la vigencia de la expectativa normativa (sanción) (194).

Dada la complejidad de la conformación de la realidad, la multiplicidad de factores que operan en el ámbito social y la contingencia de las posibilidades situacionales que pueden presentarse, para que el individuo pueda orientarse en el trato social debe poder establecer una serie de expectativas que aseguren una pauta de confianza en la no producción de determinados sucesos. El establecimiento de dicho marco de expectativas tiende así al fin de seleccionar lo que puede de lo que no puede esperarse y, en suma, de reducir la complejidad, permitiendo al individuo limitar la previsión de acontecimientos y orientarse así en su actividad. Las sociedades actuales, dado el número de actores y el pluralismo valorativo entre ellos, así como la intrincada red de interrelaciones, ofrecen un complejo ámbito de posibilidades de actuación, el cual resulta incontrolable e imprevisible para el individuo, ya que nunca puede saberse con seguridad cómo conformarán su organización el resto de los participantes en el sistema social (195). Por ello, la orientación en los contactos sociales es sólo factible cuando no ha de tener que contarse a cada momento con cada posible actuación de otro individuo, sino que para ello debe poder confiarse en una serie de expectativas, las cuales impiden que cada contacto social se convierta en un riesgo incalculable y permanente (196). El orden social se basa, entonces, en un complejo entramado de expectativas y de expectativas de expectativas: todos debemos poder contar con la expectativa de que los demás actuarán de una determinada forma, pero asimismo, y por ello, todos debemos contar con la expectativa de que los demás tienen una determinada expectativa de nuestra actuación (197). Así, sólo la confianza en dichas expectativas de conducta por parte de *Alter* permite el orden y desarrollo social y, en suma, permite a *Ego* poder orientarse racionalmente en

(194) Además de la obra citada en la nota anterior, cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 43 y ss.

(195) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 31 y ss.; el mismo, *Confianza*, pp. 5 y ss., pp. 39 y ss.

(196) LESCH, *Das Problem*, p. 242.

(197) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 33.

la consecución de sus fines (198). En cualquier caso, las expectativas están siempre sometidas a su decepción, la cual viene a alterar el orden por ellas generado. Ante esa decepción caben dos formas de respuesta: someterse a esa alteración del orden, aprendiendo de la modificación del mundo y reformando las expectativas en base a esa nueva configuración de la realidad (expectativas cognitivas), o rechazar esa modificación del mundo y aferrarse a la validez de la expectativa originaria (expectativas normativas) (199). Pero, según lo dicho, sólo el mantenimiento en la seguridad de las expectativas permite la orientación en los contactos sociales: si el individuo tuviera a cada momento que modificar sus expectativas y adecuarlas a la nueva configuración del mundo se movería en el caos y no en el orden. El Derecho sirve así al fin de garantizar dicha seguridad en las expectativas. La institucionalización de las normas jurídico-penales plasma el núcleo de las expectativas esenciales para la convivencia y expresa que los individuos pueden confiar en su vigencia a pesar de su quebrantamiento fáctico: «las normas son expectativas de conducta contrafácticamente garantizadas» (200). La norma institucionaliza esa expectativa, pero en esta concepción es la sanción la que se erige en mecanismo esencial de resolución del conflicto público que genera el quebrantamiento de la norma (201): es la sanción la que viene a garantizar la vigencia de la norma, mientras que la norma sólo sirve para la expresión formalizada y simbólica de la expectativa. El delincuente, con su acción, desautoriza la pretensión de vigencia de la norma y «pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación» (202). La imposición de la pena conlleva un mensaje simbólico contrario al del delito, negando la negación y garantizando socialmente la vigencia de la norma vulnerada: «misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una contradicción, que tiene lugar a costa del infractor, frente a la puesta en duda de la norma» (203).

(198) LUHMANN, *Confianza*, p. 40; VEHLING, *Die Abgrenzung*, pp. 92-93. Vid. también MAIHOFFER, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, p. 28.

(199) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 42; JAKOBS, AT 1/ 4 a 6.; MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 91 y ss.

(200) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 43.

(201) En este o similar sentido, RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal*, p. 83; LESCH, JA 1994, p. 598. Sobre el delito como conflicto público, vid. JAKOBS, AT 1/8.

(202) JAKOBS, AT 1/9.

(203) JAKOBS, AT 1/11. Cfr. también LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 33; LESCH, JA 1994, p. 598

Frente al fin de protección de los bienes jurídicos, la pena y, en general, el Derecho penal (204) persiguen únicamente el fin del mantenimiento de la confianza de los participantes en el tráfico social en que los demás adecuarán su conducta a las pautas establecidas en la norma. En otras palabras, el fin esencial es garantizar al individuo un margen de *seguridad cognitiva* (205) frente a la posibilidad de ataques a sus intereses por parte de otros individuos (206). En palabras de Vehling, el Derecho sirve al fin de «allanar los momentos de inseguridad respecto a la conducta de los otros en los contactos sociales a través de un mínimo de orientación jurídica» (207). Y ello, principio que distingue también esta teoría de las comunitaristas, con el único fin de servir a los intereses de los individuos (208): «Es necesaria la expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podría resultar dañados otros», afirma Jakobs (209). La sanción expresa, así, que pueden seguir confiando en que su ámbito de libertad no será vulnerado, lo cual permite el desarrollo y disfrute pacífico de los intereses personales y el desarrollo intersubjetivo de la sociedad. En este sentido, ya von Humboldt afirmó que «sin seguridad no existe libertad», y que, por ser la primera condición de la segunda, la acción del Estado debía limitarse al mantenimiento de la seguridad (210).

(204) La asimilación del fin del Derecho penal al fin de la pena según este modelo es afirmado, por ejemplo, por LESCH, *Das Problem*, p. 249: «la misión del Derecho penal se rige por la función de la pena»; FELIÓ SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 60.

(205) En el sentido de ser un efecto psicológico-social susceptible de percepción sensorial. Nada tiene que ver, por tanto, con la noción luhmaniana de la «expectativa cognitiva».

(206) Vid. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 308: «institucionalización de seguridades». Sobre la identidad entre el concepto de seguridad y el fin de protección de la vigencia de estos autores, vid. MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 202-203.

(207) VEHLING, *Die Abgrenzung*, p. 92.

(208) La noción de confianza y de protección de expectativas va dirigida claramente hacia los intereses individuales. Cfr., por ejemplo, LUHMANN, *Confianza*, p. 40: «Si confío en el hecho de que otros están actuando —o no lo están haciendo— en armonía conmigo, puedo conseguir mis propios intereses más racionalmente». Cfr. asimismo ORTO, *ZStW* 87 (1975), p. 554, quien desde una perspectiva comunitarista crítica que Luhmann centre la idea de confianza únicamente en el autointerés de seguridad individual. Frente a críticas menos encaminadas, SCHÜNEMANN, *GA* 1995, p. 218, viene a resaltar que la oposición entre la posición individualista de la Escuela de Frankfurt y la de Jakobs apenas se diferencia en lo relativo al trato del individuo dentro del sistema social.

(209) JAKOBS, *AT* 1/7. Si bien esa afirmación resulta extraña en la concepción de este autor sobre el fin de la pena, la cual no persigue evitar que se produzcan efectos lesivos sobre terceros, sino sólo generar la confianza de que no se producirán.

(210) Von HUMBOLDT, *Los límites*, pp. 50-51.

Dicha teoría de la pena, si bien renuncia formalmente a la prevención de lesiones a bienes jurídicos, es, en cualquier caso, *preventiva*, orientada funcionalmente al futuro. Afirma, así, Jakobs, que el fin por él defendido puede denominarse prevención general positiva: «prevención general, porque pretende dirigirse un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende en que consista en miedo ante la pena, sino en una *tranquilización* en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena» (211). Como vemos, nada tiene que ver esta liberal postura –recuérdese la afirmación de algunos críticos al liberalismo de que los dos supervalores de éste son la libertad y la seguridad– con el *telos* comunitarista de internalizar los valores que subyacen a las normas jurídico-penales (212). Y debe resaltarse –dada la tendencia, citada en la introducción, a someter todas las versiones de la prevención general positiva a una crítica unitaria– la diferencia entre estabilizar la expectativa normativa y estabilizar los valores incardinados en tales normas, pretendiendo la interiorización en las conciencias individuales. Ciertamente, frente a la protección de bienes jurídicos, ambas concepciones pueden incluirse dentro de lo que hemos llamado «protección del ordenamiento jurídico», en tanto en cuanto el fin es garantizar la vigencia del mismo, es decir, restablecer un previo *statu quo*, pero esa vigencia puede ser externa o interna, basada en la expectativa de la actuación de terceros o basada en la asimilación de los valores por la colectividad, lo que conlleva notables diferencias entre ambas en orden a su legitimación valorativa (213). Ya vimos la estricta separación entre el Derecho y la

(211) JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 385. La orientación al futuro de dicha concepción de la prevención es también resaltada por RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal*, p. 83; MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 142. Asimismo, LUHMANN, *Die Funktion des Rechts*, p. 84. Otra opinión, si bien basada quizá en diferencias sólo terminológicas, en LESCH, JA 1994, p. 598, quien afirma que esta teoría no consiste en un fin preventivo, sino que más bien se trata de una «retribución funcional», la cual oscila entre un fundamento absoluto y uno relativo de la pena, entre una dimensión dialéctica-hegeliana y una práctica-utilitarista. Por todo ello afirma que la denominación de «prevención general positiva» no es afortunada.

(212) Como, por ejemplo, afirma LÜDERSEN, ZStW 107 (1995), p. 883, el fin de garantizar las expectativas va indudablemente dirigido, independientemente de su abstracta formulación, a personas concretas.

(213) Sobre la intermediación de la moral con el Derecho en las teorías de la prevención general positiva puede verse SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 1, quien realiza una comparación entre los tres modelos esenciales de la prevención general positiva (los que hemos establecido en este estudio) a partir de su vinculación

moral –y entre la función del sistema Derecho y del sistema de la moral en la sociedad– establecida por Luhmann. Además, los mismos representantes de esta concepción de la pena se esfuerzan por desvincular su posición de otras posturas moralizantes (214). Así, afirma Jakobs: «No discuto que también estas sociedades [sc. las sociedades modernas] tienen una necesidad de que se garanticen los valores; la comunicación; esto es, lo que significa la sociedad, solamente es posible sobre la base de un consenso valorativo. Lo único que pongo en duda es que sea necesario o razonable cubrir esta necesidad por medio del Derecho *penal*» (215). En el mismo sentido, Schumann, en su estudio sobre la prevención general positiva, destaca nítidamente dicha diferencia con respecto a las tesis comunitaristas: «En esta concepción se trata únicamente de aspectos cognitivos: debe darse una demostración de la norma, que señale que la norma permanece vigente; no están implicados momentos integrativo-emocionales, del estilo de los que pueden verse en Durkheim en relación al acto de punición colectiva» (216).

La adecuación de esta concepción a los postulados liberales puede también destacarse si atendemos a algunos ascendentes lejanos de esta teoría de la protección de la seguridad. Por un lado, la protección de la seguridad y la tranquilidad mantenida por Jakobs recuerda enormemente a la concepción de la «paz jurídica» que sostiene von Liszt: «la paz jurídica es la conciencia de la seguridad jurídica, la confianza en el poder protector del ordenamiento jurídico» (217). Pero el fin de mantener la confianza en un estado de seguridad puede rastrearse ya en las primeras definiciones del fin del Estado. Ya en Hobbes se establece que el papel del soberano no es sólo motivar coactivamente a la obediencia, sino asimismo –y recíprocamente– garantizar a los súbditos la seguridad de que se respetarán las condiciones del pacto social, eliminando la «sospecha razonable de que los demás no respetarán el

con la moral social, ordenándolos en función de su mayor o menor vinculación: el fin ético-social (Mayer), para la cual el Derecho conforma la moral; el fin de integración (Roxin), para el cual el Derecho estabiliza la moral social; y el fin de protección de la vigencia fáctica de la norma (Jakobs), según el cual la pena se limita a manifestar que la norma continúa siendo un criterio válido de orientación para la acción.

(214) Cfr. JAKOBS, AT 1/15, nota 16 (véase *infra* en el texto sobre la noción de Jakobs del «ejercicio en la fidelidad al Derecho»); LESCH, JA 1994, 518; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, pp. 73 ss.

(215) JAKOBS, *Criminalización*, p. 322.

(216) SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 9. La ausencia en Jakobs de mecanismos emocionales y afectivos de integración, propios de Durkheim, es resaltada también por MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 67.

(217) Citado por WÜRTEMBERGER, Peters-FS, p. 215.

cumplimiento de sus acuerdos» (218). Indudablemente, la idea de la seguridad está presente en la propia concepción de la génesis del contrato social. Así, afirma Beccaria, que «las leyes son las condiciones con que hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, fatigados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad convertida en *inútil por la incertidumbre de conservarla*. Sacrificaron una parte de ella para gozar la restante con *seguridad y tranquilidad*» (219). Como ya mencionamos, en similar sentido se manifestó von Humboldt en su obra *Los límites de la acción del Estado*, para quien la labor fundamental del Estado era el mantenimiento de la seguridad, la cual era condición de la libertad de los ciudadanos. «La seguridad es –afirmaba– la certeza de la libertad concedida por la ley» (220). También para Bentham, el fin esencial del Derecho es garantizar un ámbito de seguridad, con el que poder desarrollar los intereses de cada uno y fomentar, en última instancia, el bienestar común (221). No obstante, debe resaltarse que caben matices importantes en relación a lo que se conciba como «seguridad». Así, mientras que en Bentham la seguridad va referida a la protección material de bienes, dándose dicha protección directamente de la función coactiva empleada sobre los potenciales infractores, en la noción citada de Hobbes, así como en Jakobs –quien afirma que «el Derecho penal no garantiza la seguridad de bienes, sino la vigencia de la norma» (222)–, la seguridad se asocia a cierto estado cognitivo de tranquilidad y confianza de los ciudadanos, noción más cercana a la concepción subjetiva de paz jurídica de von Liszt (223) o la noción expuesta del propio Beccaria. Una vinculación directa con esta versión de la prevención general positiva se halla también en la postura mantenida por Carrara, claro exponente de las ideas ilustradas en materia penal, respecto al fin de la pena (224). Para el autor italiano, el fin esencial de la pena, y por el que ésta se justifica, es el del «res-

(218) Así, Taylor, *Posibility of cooperation* (1987), citado por ZIMMERLING, *Doxa* 6 (1989), p. 50 y nota 3. Sobre la concepción contractual del Estado en Hobbes, cfr. KOLLER, Weiberger-FS, pp. 248 y ss.; VALLESPÍN, *Historia de la teoría política*, pp. 273 y ss.

(219) BECCARIA, *De los delitos y las penas*, p. 45. (Cursivas añadidas.)

(220) VON HUMBOLDT, *Los límites*, p. 111, y pp. 50-51.

(221) Sobre ello, cfr. MORESO, *La teoría del Derecho en Bentham*, pp. 324 ss.

(222) JAKOBS, *Handlungsbegriff*, p. 37.

(223) Matices y diferenciaciones objetivas y subjetivas en la propia idea de la paz jurídica pueden verse en WÜRTEMBERGER, Peters-FS, pp. 214 y ss.

(224) Esto es resaltado por PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Contribución*, pp. 25 y 26, de donde se citan las referencias expuestas a continuación en el texto.

tablecimiento del orden externo de la sociedad». La pena debe contrariar al delito, el cual «ha ofendido a todos los ciudadanos disminuyendo en ellos la opinión de su propia seguridad y creando el peligro del mal ejemplo». El daño que produce el delito es, así, no tanto un daño material a un individuo concreto, sino antes «un daño mediato o reflejo», consistente en que «por una ofensa causada a uno sólo, todos los demás sufran por la disminución de la confianza en su propia seguridad». La pena tiene, en suma, la misión de restablecer ese estado de seguridad y confianza, ese orden externo. Por último, conviene citar a Jellinek, quien ya en 1878 interpretaba el *Wiederherstellung des Rechts* hegeliano de forma muy similar a como hoy se hace por la actual Escuela de Bonn: «El delito provoca en la sociedad un sentimiento de inseguridad... por el quebrantamiento de una norma jurídica. A través de la pena impuesta según el merecimiento del autor, se restablece el sentimiento de seguridad y tranquilidad. Tienen lugar, así, dos procesos psicológico-sociales, uno producido por el delito, otro producido por la pena, cuyos efectos se compensan mutuamente» (225).

(225) JELLINEK, *Die sozioethische Bedeutung*, p. 96. Puede sorprender el hecho de que se haya asociado *supra* la teoría del Estado de Hegel con posiciones conservadoras y autoritarias y se vincule ahora su idea de la pena y del Derecho en general con planteamientos cercanos al liberalismo. A mi juicio, ello no viene motivado por una contradicción interpretativa, sino dada la extrema abstracción y formalidad con que el filósofo alemán formula sus líneas de pensamiento en relación a la concepción del Estado y la pena (sobre esa abstracción, POPPER, *Die offene Gesellschaft*, pp. 49 y ss.; LÜDERSSEN, ZStW 107 (1995), p. 887), y la mezcla de argumentos basados unos en el ser, por un lado, y basados en el deber ser, por otro, así como su igualación argumentativa («lo racional es real y lo real es racional»), lo que lleva a poder interpretar a Hegel tanto desde un punto de vista político como desde un punto de vista epistemológico, como ocurre en sus revisiones modernas desde ciertas perspectivas comunitaristas (cfr., por ejemplo, NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 130 y ss, en relación a la obra de C. Taylor, *Hegel*). Por otra parte, ya hicimos mención de la paradoja que puede suponer la defensa en Hegel de la libertad de la persona, así como una concepción liberal de la misma plasmada en el Derecho (*Vid. Principios*, § 36: «El mandato jurídico es: sé una persona y respeta a los demás como persona») y al tiempo asumir la libertad del individuo como dependiente del Espíritu objetivo, representado en el Estado, en el que se aúnan lo general y lo individual, pudiendo interpretarse esto políticamente como la supeditación del ámbito de libertad —es decir, los márgenes del concepto abstracto de persona— en función de la decisión del Estado en vez de enfrenar la libertad y autonomía del individuo como límite frente al Estado, como es propio de las teorías liberales (*vid.* por ejemplo, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 163). Por lo que respecta a la propia concepción hegeliana de la pena, su formulación es tan abstracta y formal —«restablecimiento del Derecho», «negación de la negación», etc.— que permite incluir, además de teorías propiamente retributivas, cualquier versión de la prevención general en la misma. La negación

Tras estas consideraciones, puede hacerse un balance crítico provisional de este fin atribuido al Derecho penal, balance positivo desde premisas liberales: la seguridad es un bien merecedor de protección, ya que el uso y disfrute de los intereses de los ciudadanos sólo puede llevarse a cabo si existe un cierto nivel de seguridad en sus expectativas. La confianza en que sus intereses no serán a cada momento lesionados permite ese uso –ese «tráfico» con los bienes jurídicos– en condiciones pacíficas y seguras. La «protección de la vigencia de la norma» aparece, por ello, como un fin legítimo al cual debe estar llamado un Derecho penal liberal. En este sentido, hay que rechazar las críticas que contra esta postura se han realizado, en el sentido de que no persigue un fin exterior –social–, sino que es una mera afirmación formal de las normas, que se consideran valiosas en sí mismas (226); y que dicha protección de la expectativa no tiene sentido si no es como medio para el fin de protección de bienes jurídicos (227). Por el contrario, considero que el fin de procurar al ciudadano un margen de confianza en su seguridad conlleva un necesario bien para el mismo, y que dicho fin no opera –o no sólo (228)– como medio para un fin ulterior, sino que se configura como un fin en sí mismo; sin que ello haya de obstar, en cualquier caso, a su compatibilidad con el fin de protección de bienes jurídicos. Por otra parte, conviene también oponer algunas réplicas a otro tipo de críticas que suelen emitirse respecto del fin de protección de expectativas de seguridad. Éstas parten de la vinculación de esta postura doctrinal con cierta tendencia a la utilización tecnocrática del *ius puniendi*, afirmando que la creación de una sensación de seguridad persigue en realidad la satisfacción de ciertas exigencias coyunturales de «ley y orden» y de «seguridad ciudadana» por parte de la opinión pública, para con ello autolegitimar el poder y, dicho gráficamente, crear la sensación de que se está

puede ir dirigida tanto al valor como a la vigencia de la norma como a la identidad afectiva de la comunidad como a la misma amenaza de pena puesta en duda por el delito (independientemente de que el mismo Hegel rechazara la coacción psicológica). Por poner un ejemplo, STRENG, ZStW 92 (1980), p. 641, nota 13, vincula la idea de la retribución hegeliana a la de la venganza afectiva y restablecimiento de un clima anímico colectivo.

(226) Por ejemplo, HIRSCH, NDP 1996, p. 32: «...el formalismo de este concepto, que proviene del hecho de que las normas deben ser protegidas, como un fin en sí mismo, para su propia integridad...»

(227) Así, ADAMS/SHAVELL, GA 1990, p. 339.

(228) Más adelante veremos que la protección de la confianza en el respeto a las normas será tanto un fin en sí mismo, como un medio para dicho respeto. Cfr. *infra*, Capítulo segundo, I, 3, D.

haciendo algo contra la delincuencia (229). Indudablemente, dicha labor «simbólica» del poder, con la que, bajo la cortina de humo de la protección de los intereses de los ciudadanos, se persiguen fines de autopromoción gubernamental y de producción de consenso, no puede justificarse en un Estado democrático, caracterizado por la transparencia entre los ciudadanos y la labor de sus representantes políticos. Pero todo ello no pertenece al fin de protección de la vigencia de la norma (230), sino que no es más que una *perversión* del mismo, al igual que un Estado coactivo de terror es la perversión del fin de intimidación, y que un Estado clínico de terapia forzosa es una perversión del fin de resocialización consagrado en el texto constitucional. Por supuesto que el ejercicio en la vigencia de la norma podrá implicar secundariamente el ejercicio en la confianza del «sistema», pero ello no debe verse más que como una mera función no deseada del mismo: el fin de protección de la vigencia de la norma no se basa en ninguna estrategia electoralista tendente al fin de obtener la confianza en el gobierno de turno, sino únicamente la confianza en que el Derecho tendrá capacidad para imponerse y que los demás respetarán sus normas. En suma, dicho efecto tecnocrático no es más que un *efecto secundario*, no incluido en el discurso de legitimación —en el *deber ser*— de este fin de la pena (231), efecto que, por lo demás,

(229) Críticas de esta índole pueden encontrarse, por ejemplo, en BARATTA, CPC 1984, pp. 533 y ss.; el mismo, Arthur Kaufmann-FS, p. 412; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 77. Respecto de la función simbólica del Derecho, y del fenómeno de la legislación simbólica, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 305, quien ofrece la siguiente definición de la función simbólica: «no tiene lugar en la realidad exterior..., sino en la mente de los políticos y de los electores. En los primeros produciría la sensación de haber hecho algo; en los segundos, la impresión de tener el problema bajo control»; *cfr.* también BARATTA, Arthur Kaufmann-FS, p. 413, quien pone de manifiesto que la función simbólica conlleva una comprensión distinta de la relación individuo-poder: «La base de comunicación política entre los ciudadanos y sus representantes, esto es, la democracia, es sustituida por la comunicación entre los políticos y su público, esto es, la tecnocracia.» Con ello, la falta de protección real de bienes jurídicos —ya que el carácter exclusivamente simbólico de las leyes creadas con ese fin (funciones latentes, simbólicas) vendrá acompañada de una carencia de aplicabilidad instrumental (funciones manifiestas)— «es compensada —afirma el autor italiano— creando al público la ilusión de seguridad y un clima de confianza y fe en el orden y en las instituciones». *Cfr.* también sobre ello, HASSEMER, NSTZ 1989, pp. 553 y ss.; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 25 y ss.

(230) En un sentido similar, afirma CUELLO CONTRERAS, PG, p. 58, que no cabe identificar Derecho penal simbólico y prevención general positiva.

(231) Sobre ese efecto considerado como una «función» —y no como un «fin»—, puede verse SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 304.

puede asimismo darse desde cualquier otro fin que se predique de la pena.

En cualquier caso, sí conviene resaltar algunos aspectos potencialmente correctos de estas críticas. Es cierto que la exclusiva referencia al mantenimiento de esa seguridad cognitiva puede resultar «vaga, imprecisa y peligrosa» (232). A mi modo de ver, el fin de protección de la vigencia de la norma, basado en mecanismos simbólicos, adolece de una limitación importante en relación a los medios empleados para ello, limitación que puede llevar a la creación de climas ficticios o «ilusiones» de seguridad colectiva, sin instrumentalizar en realidad medios eficaces para una protección efectiva de los intereses intersubjetivos, con el consiguiente riesgo de identificarse con dicha función tecnocrática (233). A esta limitación quisiera dedicar las consideraciones siguientes.

Como ha sido dicho, la protección de la expectativa normativa va dirigida en primer lugar a otorgar a los ciudadanos un margen *cognitivo* de seguridad y confianza en que la norma permanece vigente (234), es decir, en que esa norma será respetada por terceras personas y no lesionarán, así, sus intereses. No se trata, entonces, de la seguridad material de un bien o interés del ciudadano, a través de la evitación de acciones que amenazan la integridad de dicho interés; sino únicamente de manifestar al ciudadano la confianza en dicha seguridad, de mantener un determinado nivel de tranquilidad. En otras palabras, y como vimos que afirmaba expresamente Luhmann, el fin de la norma y la sanción no consiste en la *evitación de acciones lesivas* a través de la motivación y dirección de conductas de potenciales delinquentes (*Verhaltensteuerung*), sino únicamente en restablecer una ya presupuesta confianza en la mente de las potenciales víctimas en que los demás –los potenciales delinquentes– no actuarán contra las normas, es decir, en que no realizarán acciones lesivas (*Erwartungssicherung*). Es quizá por esta razón por lo que esta concepción –y a diferencia de las anteriores versiones de la prevención general positiva, las cuales perseguían interiorizar los valores plasmados en las normas, con lo que, si bien como fin secundario en algunas versiones, aspiraban también a motivar a la no realización de las acciones prohibidas en las normas– no se arroga la finalidad de protección de

(232) ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 77.

(233) No en vano afirma HASSEMER, NStZ 1989, p. 553 que «quien asocia “Derecho penal” con “efectos simbólicos” se convierte en sospechoso».

(234) En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 77, quien, no obstante, se muestra contrario a tal fin del Derecho.

bienes jurídicos, ya que prescinde de toda función directiva de conductas y, en general, del carácter coercitivo y vinculante de las prescripciones penales (235). Quizá por ello venga a afirmarse que esta teoría olvida «la especificidad propia del Derecho penal» (236). La pregunta –la objeción– salta a la vista: ¿cómo puede el Derecho penal asegurar la expectativa normativa y generar o devolver a los ciudadanos la confianza en que los demás acatarán las normas si no es precisamente a través de la instrumentalización de medios directamente dirigidos a imponer o motivar el acatamiento de las normas? Expresado en otros términos, todavía a modo de hipótesis: el Derecho sólo podrá llevar a cabo el fin de protección las expectativas normativas en la medida en que persiga asimismo un fin directivo de conductas. Por ello se afirmó que este fin de la pena corre el riesgo de degenerar en una función tecnocrática o al menos ilusoria del *ius puniendi*, ya que se pretende mantener un estado cognitivo de seguridad sin instaurar los medios precisos para ello. Dicha potencialidad tecnocrática se muestra también en la relevancia que para esta concepción tiene el *desconocimiento* de la comisión de delitos. En efecto, puesto que no persigue la protección directa de los bienes jurídicos, lo ideal para la consecución del fin de la protección de la vigencia sería, no que se realizaran menos acciones delictivas, sino antes, que esas acciones delictivas no fueran conocidas por la generalidad de los ciudadanos (237). Desde Popitz es conocido «el efecto preventivo del no conocer» los niveles de la cifra negra del delito (238). En forma sintética, la objeción podría formularse afirmando que esta teoría conlleva una petición de principio, ya que establece el fin del Derecho penal pero no establece los medios con los que dicho fin debe realizarse (239).

(235) Así también, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 77. Vid. asimismo las notas posteriores.

(236) QUINTERO/MORALES/PRATS, PG, p. 89.

(237) Cfr. ya SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 79.

(238) POPITZ, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe*, 1965. Sobre las tesis de este autor y sobre la cifra negra, cfr. LÜDERSSEN, *Strafrecht und Dunkelziffer*, p. 244.

(239) Quizá a esto se refiere LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens?*, p. 31, cuando pone de manifiesto la «circularidad de la fundamentación» de la prevención general positiva: «Se habla de la estabilización de la norma –pero si la sanción debe garantizar esta estabilización, debe entonces saberse por qué estabiliza realmente». En el mismo sentido, KÖHLER, *Über den Zusammenhang*, p. 31, resalta que cuando se habla de mantenimiento, aseguramiento o reforzamiento de la vigencia o de la fidelidad a Derecho no se explicita el medio como ha de llevarse a cabo; y KINDHÄUSER,

Y de dicha objeción surgen ciertas dudas relativas a si los autores partidarios de esta versión de la prevención general positiva defienden única y exclusivamente dicho fin del Derecho penal o introducen en sus argumentaciones otra serie de fines o medios, dirigidos precisamente a colmar la laguna existente a la hora de llevar a cabo la misión de protección de expectativas normativas.

La renuncia a una concepción directiva del Derecho penal parece clara en Luhmann: como ya vimos, prescinde expresamente de toda función directiva y coercitiva de la norma, limitando su concepción a meras institucionalizaciones simbólicas de expectativas, las cuales, por tanto, no van dirigidas a potenciales quebrantadores de la pauta de deber con que tradicionalmente suelen definirse las prescripciones normativas, sino sólo a las potenciales víctimas de esas vulneraciones. La norma, entonces, no dice: «no debes realizar la conducta X», sino: «los demás no realizarán la conducta X».

Ello es resaltado también por Habermas, quien afirma que «lo primero que Luhmann hace es desnudar a las expectativas generalizadas de comportamiento de su carácter deontológico, es decir, de su carácter normativamente vinculante. Luhmann hace desaparecer el sentido ilocucionario de los preceptos (o de las prohibiciones o permisos) y, por tanto, el efecto de establecer vínculos que tienen esos actos del habla... Conforme a esta lectura las normas sólo pueden estabilizar expectativas e inmunizarlas contra los desengaños a costa de un déficit cognitivo» (240). Coherentemente con su concepción, Luhmann afirma que «el Derecho no es primariamente un orden coercitivo, sino un facilitador de expectativas» (241). Por ello, «la situación de coerción constitutiva del Derecho es la obligación a la selección de expectativas». Pero a continuación resalta el mismo autor que dicha selección de expectativas, «si bien en unos pocos aunque importantes casos, puede motivar forzosamente a la realización de determinadas conductas» (242). Parece, entonces, que el Derecho, si bien secundariamente, *también* poseerá un fin de dirección de conductas: «La necesidad de seguridad inherente al Derecho se refiere en primer lugar a la seguridad de las propias expectativas, sobre todo a la de las expec-

Strafe, Strafrechtsgut, pp. 31-32: sostiene que «la premisa de que la pena estabiliza las normas porque... fortalece la fidelidad a Derecho, es elíptica. Ya que deja abierta de qué forma realiza eso la pena». En igual sentido, FROMMEL, Schüler-Springorum-FS, p. 274; LÜDERSSEN, ZStW 107 (1995), p. 885: «El aseguramiento de la estabilidad es una fórmula vacía de contenido.»

(240) HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 564.

(241) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 100

(242) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 100.

tativas de expectativas, y sólo en un segundo plano a la seguridad del cumplimiento de dicha expectativa por la conducta esperada» (243). Por mucho que quiera relegarse a un segundo plano, estas consideraciones de Luhmann muestran que no es posible garantizar una expectativa sin un mecanismo recíproco de motivación vinculante hacia el respeto de dicha expectativa. De hecho, asegurar las expectativas de expectativas —es decir, asegurar no sólo a *Ego* que los demás (*Alter*) la cumplirán, sino también que *Ego* cumplirá lo que los demás esperan de él— sólo puede llevarse a cabo precisamente mediante el aseguramiento del cumplimiento de dicha expectativa por la conducta esperada. Es quizá en este sentido cuando Luhmann habla expresamente de un «Deber (*Sollen*) simbólico» incluido en la norma, si bien ese *Sollen* no es puesto en relación con su poder o su razón de ser de mensaje prescriptivo, sino solamente con la *expresión* formalizada de la expectativa de la vigencia del Derecho (244).

Dicho abandono de una función directiva en aras de una mera función expresiva de vigencia es también puesta de manifiesto por los penalistas que han incorporado la concepción luhmaniana del Derecho al Derecho penal, así como por los intérpretes y glosadores de estas posturas doctrinales. Se afirma, por ejemplo, que con la escuela de Jakobs se produce «un rechazo de la concepción imperativista de las normas y su sustitución por una visión institucional de las mismas, en la que no se trata tanto de dirección o regulación inmediata de conductas como del establecimiento y estabilización en la sociedad de redes de expectativas recíprocas de comportamiento» (245). Jakobs, en este sentido, afirma que, frente a la concepción tradicional de las normas de conducta, éstas no van dirigidas primariamente a potenciales delinquentes —es decir, a aquellos que quebrantarán las normas— sino a todos los miembros de la sociedad, en cuanto potenciales víctimas (246): «La protección tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza. La reafirmación no tiene por contenido el que posteriormente no vaya nadie más a infringir la norma, porque la pena haga desistir a los delinquentes potenciales, ni menos aún se trata de

(243) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 100.

(244) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 43.

(245) PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, p. 19, nota 9, citando a MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 89 y ss. y 140 y ss. Una crítica a la concepción imperativista y directiva de las normas de conducta es desarrollada por LESCH, ADPCP 1995, pp. 929-930.

(246) JAKOBS, *Criminalización*, p. 314; el mismo, AT 1/15. *Vid.* también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 36; PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, p. 20.

cualquier pronóstico referido al comportamiento futuro del autor» (247). En cualquier caso, Jakobs parece rechazar la total desvinculación de la norma con los autores potenciales y, al igual que Luhmann, la ausencia de toda función motivatoria de la misma, por cuanto, dentro de su concepción de la prevención general positiva, incluye además un fin de *ejercicio en la fidelidad a Derecho*, noción que, a pesar de la similitud terminológica con las posturas comunitaristas (248), no creo que pueda o deba ser interpretada welzelianamente como internalización de los valores ético-jurídicos (249). Jakobs define ese fin de la siguiente forma: «La pena grava al comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas, aumentando la probabilidad de que ese comportamiento se aprenda en general a considerarlo como una alternativa de comportamiento a no tener en cuenta» (250). ¿Cómo ha de producirse entonces ese efecto generador de la fidelidad o respeto al Derecho? Si, como podría desprenderse del enunciado anterior, es precisamente la consecuencia costosa —el mal que supone la pena— la que genera esa obediencia, estamos en realidad ante una versión más de la prevención de intimidación, si no entendida psicoanalíticamente como reforzamiento del súper yo, si entendida a partir del modelo de hombre racional autointeresado, quien basa su actuación en el análisis de consecuencias costosas y beneficiosas. No obstante, cabe aún otra interpretación, quizá más plausible con los presupuestos teóricos de Jakobs. Ésta partiría no del efecto disuasor de la amenaza de pena, sino en el refuerzo simbólico de «deber ser» que la amenaza de pena ejerce sobre la norma institucionalizada; la motivación a la no realización de conductas lesivas vendría dada, entonces, no por la amenaza de pena, sino en primer lugar por el componente valorativo inscrito en la norma de respeto a la vida, a la integridad física, etc., el cual es considerado

(247) JAKOBS, AT 1/15.

(248) La proximidad de la noción de la *fidelidad (Rechstreue)* con las tendencias ideológicas de los años treinta en Alemania es resaltada, por ejemplo, por FEJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 49, nota 126, proponiendo por ello el empleo alternativo de la idea del *respeto* al Derecho.

(249) Sabido es que el propio Jakobs, en el *Prólogo* de su *Manual*, aproxima su postura con el fin ético-social de Welzel (p. VII) (también recientemente en PJ 1997, p. 162). Pero, a mi juicio, dicha proximidad no debe interpretarse tanto funcionalmente, en el sentido de que se persigan idénticos fines, o se empleen idénticos medios, como estructuralmente, en el sentido de que ambos parten del fin autorreferencial de protección de la vigencia del Derecho y no de la protección de bienes «externos» al propio ordenamiento y, por tanto, conforman el injusto penal como lesión de la norma y no —o sólo secundariamente— como lesión de bien jurídico.

(250) JAKOBS, AT 1/15

merecedor de respeto (251). En este sentido podría entenderse la idea que Jakobs expresa en otro lugar, relativa a que la fidelidad a Derecho se fomenta porque «la desvaloración de la alternativa puede ser tan evidente que conduzca a su completo desplazamiento en cuanto alternativa vivencial» (252). En cualquier caso, e independientemente de la interpretación que quiera darse a ese ejercicio en la fidelidad a Derecho –interpretación a la que las sucintas y oscuras formulaciones del autor alemán no ayudan (253)–, puede concluirse que la norma posee *también* un fin directivo de conductas, si bien simbólico y, en cuanto tal, «débil».

La necesidad de asumir la norma *también* como una pauta vinculante obligatoria no puede extrañar, si, como afirma Lesch, fiel defensor del fin exclusivo de aseguramiento simbólico de expectativas, «la capacidad de reducción [sc. de la complejidad] de las expectativas normativas depende de su vinculatoriedad», y si «ningún sistema social complejo puede existir y sobrevivir si la consecución de alguna parte de su orden normativo no se realiza de forma *obligatoria*» (254). Por este motivo es por lo que las pautas de conducta establecidas en las normas «deben garantizarse de forma vinculante» (255). Ello parece, como ya puse de manifiesto con la objeción anteriormente formulada, evidente. A modo de tesis: *el Derecho sólo puede pretender garantizar a Ego que los demás respetarán la expectativa que la norma expresa si a su vez (Ego es consciente de que) esa norma –o la amenaza asociada a ella– ejerce cierta motivación sobre los demás tendente a la evitación de acciones que vulnerarían esa expectativa*. Como el mismo Jakobs afirma, «la confianza en la norma no existe... sin una base cognitiva. Por ejemplo, la conciencia de tener el Derecho

(251) En sentido similar, BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones*, p. 50: «La prevención general positiva motivaría no a través del miedo sino a través del derecho que cumpliría una función comunicativa de los valores jurídicos.»

(252) JAKOBS, *Culpabilidad y prevención*, p. 79; en el mismo sentido, JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 383.

(253) Cfr., sobre este aspecto de la teoría de Jakobs, las críticas realizadas por VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 116, resaltando que dicho ejercicio en la fidelidad es un objeto extraño en la concepción luhmaniana del fin de protección de expectativas normativas, y que Jakobs no aporta una explicación de los mecanismos y procesos psico-sociales por los que esa fidelidad habrá de producirse. En sentido similar, KÖHLER, *Über den Zusammenhang*, p. 31 –a quien cita también la autora anterior– quien afirma que lo único que viene a afirmarse cuando se habla del «ejercicio en la fidelidad a Derecho» es que ésta no se produce a través de la intimidación, sin explicitar el medio por el que ello ha de darse en la práctica.

(254) LESCH, *Das Problem*, p. 244. (Subrayados en el original.)

(255) LESCH, *Das Problem*, p. 244.

de nuestra parte en la medida en que llegemos a ser víctimas de un homicidio no es un fundamento idóneo para efectuar un plan de vida, si no existe la conciencia de que ese homicidio será probablemente evitado» (256). En suma, todo fin asegurador de expectativas debe venir acompañado de un fin directivo de conductas (257). Por esta razón, considero que toda teoría del Derecho penal, como orden normativo obligatorio, debe estar en disposición de establecer un modelo de motivación de conductas (258); en otras palabras, aportar un *porqué* al acatamiento de las normas. Y ese porqué debe ser no sólo valorativamente *legítimo*, sino asimismo *efectivo*, puesto que, como se acaba de afirmar, lo que el Derecho pretende garantizar no es otra cosa que, dicho con von Liszt, la confianza en su «poder protector», es decir, que será *eficaz* en su fin de mantener las expectativas inquebrantadas (259).

¿Cuál es, entonces, el criterio de motivación propio de esta teoría de la pena? Para Lesch, por ejemplo, la obligatoriedad se funda exclusivamente en el hecho de que las normas son la institucionalización de un consenso social generalizado en relación a las expectativas que han de regir la convivencia social y dar identidad normativa –jurídica, no moral– al sistema social. «Con la institucionalización las normas pasan a ser socialmente generalizadas, es decir, independientes de la opinión fáctica de cada individuo, porque debe poder partirse siempre de que son reconocidas por los “otros” no consultados». «El Derecho es consenso generalizado», *del cual surge la pretensión de respeto de las normas* (260). Como puede apreciarse, la teoría de la protección de la vigencia de la norma se asienta sobre los presupuestos de una sociedad democrática, en la cual los ciudadanos, consensuadamente, se otorgan a sí mismos las normas que han de regular la convivencia; y, sobre esos presupuestos, asume la presunción de que los ciudadanos son, por

(256) JAKOBS, *Criminalización*, p. 315.

(257) En este sentido, MAIHOFER, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, p. 28, quien establece ambos como fines complementarios. También MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 64, quien sostiene que el aseguramiento de expectativas puede presentarse analíticamente como único cometido del Derecho penal, pero no puede ser totalmente desvinculado del fin directivo de conductas. «El efecto de la estabilización de las normas presupone la creencia de que el Derecho penal posee fines preventivos efectivos.»

(258) Ello es destacado también por BAURMANN, GA 1994, p. 370.

(259) Afirma, por ejemplo, VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 116, que «la confianza en la norma se conforma como consecuencia de la manifestación de la *efectividad* y de la vigencia de la norma». (Subrayado añadido.)

(260) LESCH, *Das Problem*, pp. 244-245.

principio, respetuosos del Derecho (261). Jakobs, por ejemplo, afirma que el concepto de persona relevante a efectos del Derecho penal es «a quien se le adscribe un rol de un ciudadano respetuoso del Derecho» (262). Por ello, los mensajes emanados de la norma y de la pena van dirigidos antes a potenciales víctimas —o en todo caso a ciudadanos respetuosos del Derecho— que a potenciales delincuentes, y por ello se resta relevancia teleológica al momento preventivo de evitación coercitiva de acciones por la norma o por la amenaza de pena y se acentúa la imposición de la sanción como mecanismo no tanto directivo de conductas o instrumental como meramente simbólico, expresivo de una confianza en la norma *ya preexistente* (263). Así, dado que se parte de que los ciudadanos, siendo las normas fruto de su decisión consensuada, han asumido ya el respeto hacia las mismas, no es preciso, por tanto, interponer mecanismos coercitivos y preventivos «duros»: «Las normas que tienen una base legítima no necesitan de la amenaza como medio de motivación» (264), se concluye. En suma, la legitimidad de las normas, basada en el *reconocimiento* consensuado de las mismas por los ciudadanos, es el criterio de motivación en que se asienta esta teoría: los ciudadanos respetarán las normas porque, al responder a un proceso democrático, reconocen en ellas pautas correctas y legítimas de conducta.

La necesidad de un previo reconocimiento democrático de las normas como presupuesto de esta concepción del Derecho ha sido puesta también de manifiesto por Baumann, resaltando que «no siempre es tenido en cuenta que una intervención simbólica de la vigencia de una

(261) Cfr., por ejemplo, JAKOBS, AT 1/1; el mismo, ZStW 107 (1995), p. 865; el mismo, PJ 1997, p. 151; FEIJÓO, *El injusto penal*, pp. 42 y 79. Vid. asimismo KUHLEN GA 1994, pp. 364-365; BAUMANN, GA 1994, p. 379; LÜDERSSEN, ZStW 107 (1995), p. 904.

(262) JAKOBS, PJ 1997, p. 151. Ello le lleva a afirmar que sólo es persona real aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a Derecho. También en ZStW 107 (1995), p. 865. En un sentido similar, si bien empleando el término de «ciudadano», FEIJÓO, *El injusto penal*, p. 42. Esta tesis es menos provocadora de lo que parece. Consideraciones similares pueden, por ejemplo, encontrarse en CORTINA, *Ética sin moral*, p. 249. Sobre las nociones de «persona» y de «ciudadano» como conceptos normativos y abstractos *vid. infra* Capítulo segundo, II, B, b).

(263) Cfr., por ejemplo, LESCH, *Das Problem*, p. 252, quien resalta que la norma no persigue una función directiva *directa* de las conductas. Por otra parte, la relevancia del momento de imposición de la sanción frente al momento preventivo de la llamada de la norma en Jakobs es puesto de manifiesto, por ejemplo, por VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 116.

(264) FEIJÓO, *El injusto penal*, p. 90, citando consideraciones basadas en la concepción valorativa de la norma de Bajo Fernández.

norma *sólo* puede aportar una razón para el acatamiento por parte del destinatario de las normas, cuando éste atribuye *legitimidad* al legislador»; y concluye por afirmar que «la legitimidad del legislador es el *requisito necesario* para la prevención general positiva» (265).

Y es dado ese presupuesto, por lo que la prescripción inherente a la norma queda, como ya afirmara Luhmann y reitera Lesch (266), como un *Sollen* meramente simbólico, desde el cual la motivación a su pretensión de respeto viene dada únicamente por el reconocimiento de los ciudadanos de los criterios valorativos plasmados en las normas, sancionados simbólicamente por la amenaza de la pena, como ya vimos que podía interpretarse el fin de ejercicio en la fidelidad a Derecho de Jakobs. En suma, el fin de protección de expectativas sí ofrece un modelo de acatamiento de las normas; es decir, un criterio de protección de las expectativas de expectativas, requisito en realidad indispensable para la propia protección de la confianza en la vigencia de la norma, ya que sólo si la norma ejerce alguna función motivatoria y directiva de conductas puede pretender el Estado garantizar a los ciudadanos que ésta será respetada por los demás participantes en el tráfico social. Lo que ocurre es que esta teoría niega la vertiente imperativa dirigida por la amenaza de pena, ya que parte de una comprensión de los destinatarios de las normas como respetuosos del Derecho, presunción que les lleva a concluir que en estas sociedades, esencialmente estables a efectos de delincuencia, no tiene sentido imponer una coacción heterónoma y violenta a quienes, como autores del mismo, son ya respetuosos del Derecho. Expresado de otra forma, y como lo hace Jakobs, un Derecho penal democrático no puede entender al ciudadano como enemigo (267). A estos presupuestos responde la declaración de principios con que el autor alemán inicia su Manual: «El contenido y la función de la pena no se pueden configurar... con independencia de la existencia del orden en que se pune, ni de la comprensión de su sentido. Así, por lo que se refiere a la existencia del orden, un Estado que deba concentrar sus fuerzas para el

(265) BAURMANN, GA 1994, p. 379 (cursivas en el original), refiriéndose concretamente a esta versión de la prevención general positiva. El presupuesto de la legitimidad democrática de las normas en esta teoría es resaltado también por CUELLO CONTRERAS, PG, pp. 77 y 79. En similar sentido, MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 65.

(266) LESCH, *Das Problem*, p. 245. Una concepción similar de la labor del Derecho en KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 36 y ss.; KARGL, *Rechtsgüterschutz*, pp. 60 y ss.

(267) JAKOBS, *Criminalización*, p. 295 y *passim.*; crítico también con esta visión del ciudadano, propia de la prevención de intimidación, FELLÓO, *El injusto penal*, p. 33.

aseguramiento de su existencia (por ejemplo, en guerra) empleará la pena de modo que a corto plazo garantice su eficacia (por ejemplo, intimidación por medio de penas severas), mientras que un Estado sin problemas agudos de existencia puede asumir la ineffectividad a corto plazo, para conseguir, mirando a un futuro más lejano, la paz interna (por ejemplo, evitando las penas severas para no embotar la sensibilidad ante la violencia)» (268).

A mi juicio, dicha concepción responde indudablemente a los presupuestos que debe adoptar el Derecho penal en un Estado democrático de Derecho, en el que las normas son fruto de un procedimiento consensuado y deliberativo de decisión, por el cual, como suele afirmarse, los ciudadanos, como sujetos políticamente autónomos, se convierten en sus propios legisladores (269). Por todo ello, considero que dicho criterio de acatamiento de las normas representa quizá el medio *valorativamente* más legítimo que puede emplear el Derecho penal, ya que no se basa en la amenaza, sino en la aceptación valorativa de los ciudadanos, por lo que implica un mayor respeto a la dignidad de los mismos. Pero, como ha sido mencionado, el criterio de motivación coercitivo no puede basar su legitimidad exclusivamente en el aspecto valorativo, sino que debe satisfacer asimismo el aspecto de la legitimación instrumental; es decir, ostentar *efectividad* práctica para la evitación de acciones lesivas. Es cierto que cabría admitir como un hecho que en las sociedades desarrolladas actuales se da un razonable grado de respeto hacia las normas por los ciudadanos. Pero, no obstante, como la propia realidad demuestra, un hecho incontestable es que también existen ciudadanos que no respetan los términos del consenso, y lo expresan con la realización de acciones delictivas. Y, como hemos visto, la concepción de estos autores rechaza expresamente dirigir las normas a los *potenciales* delincuentes, sino que, no sólo la protección de la confianza, sino incluso ese mecanismo directivo simbólico y débil de la norma va dirigido exclusivamente a ciudadanos *ya* respetuosos del Derecho, puesto que ese mensaje simbólico de la validez valorativa de la norma sólo puede dirigirse a quienes ya reconocen previamente esa validez. *A contrario sensu*: para quienes no reconocen esa validez –los potenciales delincuentes–, en nada motivaría ese deber simbólico. Intentemos explicarlo a continuación.

(268) JAKOBS, AT 1/1.

(269) Por todos, HABERMAS, *Facticidad y Validez*, p. 578 y *passim*. Sobre esto, *vid. infra* Capítulo segundo, II, 1, B, b), cc).

Hemos empezado hablando de protección de la *vigencia*, y terminamos hablando de protección de la *validez* y de ejercicio en el *reconocimiento*. Y no cabe duda de que estas nociones denotan realidades distintas, y que conviene distinguir. Para empezar, como viene manifestándose, puede definirse el término «vigencia» como *vigencia fáctica*, referida al hecho del acatamiento social de las normas. Y ese es el mensaje que pretende emitirse con la pena: con su imposición se pretende crear un estado cognitivo en las conciencias de los ciudadanos relativo a que la norma es acatada, en general, por todos. Así, en rigor, la norma de conducta no «protege» la vigencia, sino sólo informa y expresa las expectativas que se presume que serán respetadas. Por el contrario es la pena impuesta la que protege la vigencia fáctica de la norma, en tanto en cuanto refuerza o restablece comunicativamente esa vigencia presupuesta de su defraudación por el delito. La sanción afirma: puedes seguir confiando en que los demás acatarán las normas, a pesar de que en el caso concreto ello no ha sido así. Y, como se ha repetido, ello sólo será «creíble» si a su vez se instrumentan medios para motivar a ese acatamiento. Por ello es indispensable para ese fin que a su vez se proteja o se ejercite en el *respeto* al Derecho, es decir, se persiga un fin directivo de conductas. Ello sería lo que esta teoría denomina «ejercicio en la validez del Derecho»: la validez –que puede denominarse también *vigencia normativa*– conlleva entonces el mensaje prescriptivo: la norma *debe* respetarse. Pero ese respeto o acatamiento de la norma se basa, para estos autores, exclusivamente en la génesis legítima de la norma: debe respetarse porque es justo hacerlo. Y el fin de la pena es, desde esta concepción, la manifestación simbólica de la corrección valorativa y, por tanto, del deber de respeto de la norma vulnerada. «La pena –afirma Kindhäuser– sirve al aseguramiento de la vigencia de la norma, es decir: *imponer* [*Durchsetzung*] el reconocimiento de la norma como pauta vinculante de la conducta» (270); afirmación en la cual la referencia a la «vigencia» no se refiere a la vigencia fáctica respecto del acatamiento de *Alter*, sino a la vigencia normativa o validez: pretensión de respeto por parte del propio *Ego*.

La cuestión que surge es cómo puede la pena *imponer*, como sostiene Kindhäuser, una pretensión valorativa de respeto, cómo puede *convencer* a los ciudadanos de la legitimidad de la norma. La ejecución aflictiva de un mal no puede, a mi modo de ver, imponer una pretensión de respeto basada en la corrección valorativa de la norma; por el contrario, la pena, ya en su amenaza, ya en su imposición, sólo

(270) KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 30.

puede *imponer* el respeto a las normas por medio de su poder coercitivo y disuasorio, pero no la justicia o legitimidad del mismo. El ejercicio en la validez normativa no puede entenderse entonces como *imposición* de la legitimidad del ordenamiento, puesto que la pena en nada puede convencer a los ciudadanos respecto de si las normas son o no correctas o justas, sino que esa corrección es previa, fruto del consenso social. Expresado en otros términos: la pena no puede *generar* consenso sobre la validez de las normas, sino, todo lo más, recordar o *expresar* la existencia de un previo consenso. Se trataría, como de hecho es afirmado reiteradamente por estos autores, de una mera manifestación simbólica: el Derecho no impone pautas de conducta, sino sólo demuestra o expresa el consenso valorativo acerca de esas pautas (271). Así, la pena no pretende, por tanto, la imposición coercitiva de la norma, sino sólo su manifestación simbólica (272). La pena es mera expresión del Derecho, que busca el restablecimiento simbólico, no material, del orden normativo. En suma: el Derecho no puede convencer de la legitimidad de las normas a los que no las consideran legítimas, a los potenciales delincuentes, sino sólo expresar o reafirmar simbólicamente esa legitimidad a los que ya parten de ello: a los ciudadanos respetuosos del Derecho. Por lo demás, ese carácter «débil» de la manifestación simbólica de la validez viene resaltado por estos mismos autores, respecto al mecanismo que ejerce la pena, cuando sostienen expresamente que el fin perseguido no debe entenderse como un «ejercicio en la confianza» en sentido psicológico-social empíricamente demostrable, como si la pena pudiera o quisiera conseguir que los ciudadanos confiaran *realmente* en su vigencia; sino que se trata únicamente de señalar que los ciudadanos pueden

(271) Cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 61 y 106 y ss., quien expresamente afirma que la pena no sirve a la imposición (*Durchsetzung*) de las normas, sino únicamente a su representación (*Darstellung*); similar, LESCH, *Das Problem*, p. 249. Vid. también SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 2; BAURMANN, GA 1994, p. 379.

(272) En relación sobre la diferencia entre fines instrumentales y fines simbólicos, puede verse, VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 109-110; ZUGALDÍA, *Fundamentos*, pp. 90 y ss.; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, pp. 49 y ss., quien, a mi juicio indiscriminadamente, identifica toda función simbólica con una función tecnocrática del Derecho. Más allá de discrepancias terminológicas o de matices, la referencia a lo instrumental suele asociarse a una función regulativa o directiva de conductas a través de la coerción emanada de las normas de conducta y, como consecuencia, a la protección de los objetos o estados protegidos por esas normas: los bienes jurídicos; en cambio, la función simbólica se vincula a las teorías expresivas o denunciatorias de la pena, con la que se pretende únicamente manifestar o conformar la vigencia ya de valores, ya de expectativas de seguridad.

[*dürfen*] continuar orientándose por la norma, que están en consonancia con el Derecho cuando confían en la norma (273).

En realidad, con esa acentuación de lo *simbólico* parece desaparecer, por un lado, todo sustrato fáctico a esa misión de la pena, así como, por otro, toda pretensión de efectividad práctica de la misma, limitándose la labor del Derecho penal a expresarse simbólicamente a sí mismo, independientemente de la consecución de esa pretendida vinculatoriedad que se predicaba de las normas, así como de la protección *real* de la seguridad cognitiva. En este sentido parece orientarse la última evolución de Jakobs respecto del fin y justificación de la pena. Si hasta hace pocos años expresaba todavía que uno de los fines de la pena era el ejercicio en la fidelidad a Derecho (274), afirma ahora que la pena, si bien dicha finalidad podría ser deseable, se justifica independientemente de dichos efectos. Y más recientemente llega a afirmar que tampoco el mismo fin de garantizar la confianza en la vigencia de la norma, siendo asimismo deseable, acierta a dar la razón de ser de la justificación de la pena estatal (275). Estos efectos sociales de la pena no pertenecen al núcleo del sentido de la pena, sino que sólo forman parte de su entorno, ya que responden a esquemas psicosociales de interpretación (276). «La pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación» (277). Por ello, «puede suceder que se deseen alcanzar determinados procesos psíquicos como consecuencia de la confirmación de la norma por medio de la pena pública, pero no forman parte del concepto de pena» (278). El sentido de la pena es ahora, para Jakobs, exclusivamente la «manifestación de la identidad normativa» (279) o la «confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad». Se previene algo, afirma, pero ello es sólo «la erosión de dicha configuración normativas (280). No obstante, «la sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de un fin, scil. la constatación de la realidad de la sociedad

(273) LESCH, JA 1994, p. 598. (Cursiva añadida.)

(274) JAKOBS AT 1/15; el mismo, *Handlungsbegriff* (1992), p. 37; el mismo, *El principio de culpabilidad* (1993), p. 383.

(275) JAKOBS, PJ 1997, p. 162.

(276) JAKOBS, ZStW 107 (1995), p. 844.

(277) JAKOBS, PJ 1997, p. 162.

(278) JAKOBS, PJ 1997, p. 162.

(279) JAKOBS, ZStW 107 (1995), p. 844.

(280) JAKOBS, PJ 1997, p. 150.

sin cambios» (281). Por ello, el propio carácter utilitarista de la pena para la satisfacción y protección de intereses de los ciudadanos parece perder su relevancia: «No se trata “de fomentar otro bien”, es decir, no del bienestar de los individuos, sino exclusivamente de la realidad social» (282).

En esta nueva concepción, la demostrada atracción del autor alemán hacia lo abstracto y lo formal llega a su culmen. De la ya abstracta formulación luhmaniana del Derecho, pero sociológica al fin, Jakobs parece situarse en el ámbito de la metafísica, llegando al «formalismo místico» que Mittermaier criticara de Hegel (283). La cuestión es, ¿cómo debe entenderse la actual postura del profesor de Bonn? ¿Qué es la «realidad normativa de la sociedad» sino el conjunto de normas establecidas por el Legislador? ¿Y qué otro fin pueden tener dichas normas si no es el de servir como medio para la satisfacción de necesidades basadas en el bienestar de los individuos? ¿Y qué sentido puede tener imponer un mal a un individuo si no es para que las normas puedan desplegar sus *efectos*? Pero, como vemos, Jakobs parece negar la razón de ser instrumental y utilitarista tanto a las normas como a la pena. La «identidad normativa» acaba por convertirse en un fin en sí mismo, independientemente de lo que dichas normas protejan, y la pena parece adquirir carácter absoluto, puesto que su imposición no atiende a sus efectos beneficiosos o perniciosos *externos* a sí misma, sino que su propia ejecución es ya un fin (284). La «realidad normativa» alcanza el grado de abstracción del «Espíritu objetivo» hegeliano, y la utilización de la pena pierde toda referencia a su necesidad como fundamento de su aplicación, elevándose al máximo exponente el carácter circular de su dialéctica: todo delito niega la realidad social y toda pena niega esa negación, independientemente de sus efectos fácticos. La justificación de la pena, como el mismo Jakobs manifiesta (285), se hace inmune a toda corroboración empírica, ya que no es preciso demostrar que ésta sea útil, puesto que su razón de ser no es su utilidad social. Pero, ¿de qué sirve

(281) JAKOBS, PJ 1997, p. 157

(282) JAKOBS, PJ 1997, p. 158.

(283) MITTERMAIER, GS 11, p. 426. Jakobs se apoya ahora directamente en Hegel: PJ 1997, p. 158.

(284) En el mismo sentido se manifiestan Schünemann y Puppe: cfr. ZIESCHANG, ZStW 107 (1995), pp. 925 y 926. De hecho, el mismo Jakobs parece apoyar esta afirmación, cuando afirma [(ZStW 107 (1995), p. 845, nota 7)], que los efectos *futuros* de la pena pertenecen al entorno de su concepto de «manifestación de identidad social» —que para Jakobs es también su justificación—.

(285) JAKOBS, ZStW 107 (1995), p. 844.

a los ciudadanos que la pena confirme la «realidad de las normas» si no es para que éstas sirvan ya a la evitación de acciones lesivas, ya a la protección de la seguridad de su vigencia, aspectos que Jakobs rechaza como justificación de la pena –si bien, incongruentemente, los califica como deseables–? Incongruentemente porque si algo ha de justificar la pena son precisamente sus efectos *deseables*, sus «fines», frente a los rechazables, sus «funciones». Pero para Jakobs, tanto unos como otros son indiferentes para la legitimación de la sanción estatal. En suma, de la negación de una exigencia de efectividad se llega a la negación de la propia exigencia de necesidad de la pena estatal. Reiterando las críticas que se hicieron en la introducción a la discusión sobre los fines del Derecho penal sobre las teorías absolutas, si en una sociedad laica y democrática hay que partir de que «sólo la pena útil es la pena legítima», una pena desprovista de fines beneficiosos (y no habría necesidad de aclarar: beneficiosos para los ciudadanos) es la más inmoral de las opciones. Expresado en palabras del mismo Jakobs, antes de su conversión a la mística –es decir, al ámbito de lo que «incluye misterio o razón oculta», según el Diccionario de la Real Academia–: «una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social; sin esta necesidad, sería a su vez un mal inútil» (286). Y ese orden social sólo puede entenderse en sentido instrumental: como medio para el desarrollo de la libertad de los ciudadanos, y no como un fin en sí mismo, ya metafísico o ya meramente «simbólico». Por ello, el fin del Derecho penal, por un lado, debe ser permeable a su verificación o falsación empírica (287), con el fin de poder controlar la efectividad de la necesidad que de la pena se predica; por otro, debe ostentar un grado, al menos relativo, de *efectividad* en los fines que de él se predicen. Ciertamente, las oscuras formulaciones de Jakobs pueden entenderse sólo como un nivel más elevado de abstracción conceptual –nivel en el que tras el «misterio» de su formulación se hallaría esa «razón oculta»–, como *metáfora*, si se quiere, de los criterios discursivos de legitimación de la pena; al igual que son metáforas las nociones hegelianas de la «negación de la

(286) JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 366.

(287) Cfr. LÜDERSEN, ZStW 107 (1995), pp. 893, oponiendo a las concepciones simbólicas y formales de Jakobs una exigencia de empirismo, y resaltando, con razón, que la discusión entre *Funktionalismus* y «*alteuropäischen*» *Prinzipiendenken* puede (también) presentarse como una discusión entre mayor o menor abstracción (p. 881). La necesidad de legitimación empírica como criterio de control racional es resaltada por BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?*, p. 263: «los conceptos jurídicos deben ser interpretables empíricamente».

negación» y de que la lesión del Derecho por el delito es «nula en sí misma». Entonces, y más allá de la declarada ausencia de fines externos, el fin de la pena sería el mismo: protección de la vigencia y del respeto del Derecho, y éste se vería metafóricamente representado en la referencia a la «confirmación de la realidad de las normas». El mismo Jakobs manifiesta que «se trata más bien de cuestiones de formulación que de cuestiones materiales» (288). Pero esas metáforas deben poseer un sustrato material desde el que poder interpretarse instrumental y empíricamente, si no han de convertirse en meros significantes vacíos de contenido, dando lugar a argumentaciones tautológicas y circulares, las cuales, en la praxis de la aplicación de la pena, abocarían a un decisionismo exento de límites y control racional. Desde este presupuesto de racionalidad –y, por ello, de legitimidad– debemos acercarnos a la noción de fin «simbólico» de la pena mantenido por estos autores, ya que en sus consideraciones parecen establecer una barrera infranqueable entre los mundos paralelos de lo real y lo simbólico, de lo fáctico y su representación.

Como puede colegirse de algunas citas anteriores, para este sector doctrinal lo simbólico parece excluir la experiencia empírica, en tanto en cuanto se rechaza toda referencia a lo material y a lo psicológico-social. En términos genéricos, la idea directriz sería que el ámbito en el que opera el Derecho penal no es el mundo de lo material, lo «exterior», lo fáctico, sino sólo el mundo de lo «comunicativo-simbólico». Por ello se afirma que el fin del Derecho penal no es la protección de bienes materiales, sino la de la vigencia de instancias simbólicas de comunicación. Y, por ello, el delito no es lesión de un bien material, sino lesión de vigencia, «producida en un ámbito inmaterial, demostrativo-simbólico» (289). Y la pena, en consecuencia, es «una contradicción simbólica al significado simbólico del hecho punible» (290). Pero, volviendo al diccionario, de la lectura del significado de «símbolo» no parece concebible dicha desvinculación con lo empírico, con lo cognitivo, con lo psicológico-social. La Real Academia define «símbolo» como «Representación *sensorialmente perceptible* de una realidad, en virtud de rasgos que se asocian con ésta por una convención socialmente aceptada» (291). Ello quiere decir que toda comunicación simbólica ha de ser perceptible por la consciencia individual y, referido a la pena, sus fines simbólicos han de ser, si se pretende

(288) JAKOBS, PJ 1997, p. 162.

(289) LESCH, *Das Problem*, p. 253.

(290) LESCH, *Das Problem*, p. 249.

(291) Los subrayados son, naturalmente, añadidos.

alcanzarlos, percibidos por los ciudadanos. Por ello, no puede Jakobs prescindir de todo sustrato psicológico-social. Cuando lo intenta, su comprensión de la comunicación se vuelve sencillamente incomprendible: así, cuando manifiesta que el sentido de un proceso de comunicación (la pena) «no debe ser fijado con base en... las repercusiones psíquicas de la comunicación». Expresado gráficamente: a Jakobs le es indiferente que el mensaje (pena) llegue o no llegue al receptor del mismo (ciudadanos). Pero, ¿cuál puede ser la razón de ser de la comunicación si no es que el mensaje sea recibido por el receptor? De igual forma, ¿cuál puede ser la razón de ser, la justificación, del mensaje simbólico emitido por la pena: «la norma sigue vigente», si no es el de ser asumido por el ciudadano, para que pueda así suponerle un bien, y con ello poder organizar pacíficamente su vida? (292). Desde el ámbito de la legitimación de la pena, atender sólo a la emisión y no a la recepción del mensaje implica una concepción no ya absoluta, sino gratuita de la pena: la razón de ser de la pena es su propia imposición, independientemente de sus efectos. Por el contrario, entiendo que incluso cuando con la pena sólo se pretendiera la creación de un clima de seguridad cognitivo: tranquilidad y confianza, ello ha de ser un fin basado en la satisfacción de los intereses de los ciudadanos, ya que, contra lo que ahora parece afirmar Jakobs, esa es la única justificación posible de la pena; fin que, si bien realizado por medios simbólicos, es, puesto que éstos lo son, sensorialmente perceptible, es decir, verificable fácticamente y, por tanto, dependiente, en lo tocante a su legitimación, de su realización –de su plausibilidad–práctica (293). En suma, lo simbólico, así como las metáforas, deben tener un sustrato fáctico, desde el que puedan verificarse dichos fines de la pena. En realidad, y más allá de abstracciones retóricas que en nada ayudan a la discusión racional sobre los fines del Derecho penal, no creo que los representantes de esta teoría quieran renunciar a la defensa de una misión utilitarista, *relativa ad effectum*, de la pena, y

(292) Como afirma MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 64: «Si la vigencia fáctica; mejor: si la vigencia cognitiva fáctica de las normas es una condición de estabilidad del aseguramiento de expectativas, entonces la recepción real en la sociedad de la comunicación jurídico-penal no puede ser concebida como el entorno (*Umwelt*) de la teoría.

(293) Con razón se pregunta MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 63, cómo puede compatibilizarse esa inmunidad frente a lo empírico con la pretensión de un fin *preventivo* de la pena. En cualquier caso, la referencia a su comprobación empírica ha de entenderse en abstracto –es decir, al hecho de que exista un sustrato fáctico que sea comprobable en la realidad práctica–, no referida a las posibilidades concretas e individualizadas de verificación.

la interpretación que aquí se ha hecho del mismo, avalada por numerosas afirmaciones de sus representantes basadas en referentes psicológico-sociales como la protección de la tranquilidad, de la seguridad, de la confianza cognitiva en la capacidad del Derecho de ejercer respeto, parece mostrar que tampoco quieren o pueden prescindir de un referente cognitivo, psico-social. O en todo caso, esa es la única comprensión de esta teoría que me parece legítima en un Estado democrático.

Atendida ya la cuestión relativa al trasfondo fáctico de esos mecanismos simbólicos, deben todavía plantearse al menos tres objeciones ulteriores a esta teoría: la primera irá dirigida contra la ya resaltada ausencia de efectividad; la segunda, contra la ausencia de un fin de protección de bienes jurídicos, y la tercera, dirigida a poner de manifiesto la ausencia de un presupuesto en las mismas bases teóricas de esta teoría.

Comencemos por la ausencia de efectividad. Ya se dijo que, a pesar de que en la actualidad pueda afirmarse un cierto grado de respeto de las normas –premisa que estos autores generalizan–, lo cierto es que también hay ciudadanos que no respetan esas normas. Frente a éstos, este sector doctrinal renuncia a establecer medios coactivos dirigidos a la evitación de acciones de potenciales delincuentes, sino que el fin directivo de conductas implícito su concepción de la pena, se dirige únicamente a ciudadanos respetuosos del Derecho, ya que, dado que sólo se basa en una manifestación simbólica de la corrección valorativa de las normas, no ejercerá ninguna motivación en quienes no reconocen previamente la legitimidad de las mismas. En este sentido, vimos que estos autores negaban el carácter imperativo de las normas de conducta, al considerarlas meramente, además de como instancias institucionalizadoras de expectativas, como expresiones valorativas. Es quizá a partir de esta concepción meramente valorativa –desde la cual, en cualquier caso, surge una prescripción (294), a

(294) La inclusión de una prescripción en la propia naturaleza valorativa de la norma es normalmente admitida tanto desde el punto de vista de la ética como desde los análisis de teoría de las normas. Desde la ética, ello había sido admitido ya por la ontología de los valores de Scheler y Hartmann (cfr., en relación a su aplicación al Derecho penal, Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 74; SALM, *Das versuchte Verbrechen*, p. 182; SINA, *Rechtsgut*, p. 102), así como también por numerosas concepciones actuales de los valores, especialmente por y a partir de la obra de R. M. Hare (cfr. sobre la teoría prescriptiva de los valores de este autor, HARE, *El prescriptivismo universal*, p. 605; y NINO, *Ética y Derechos humanos*, pp. 83 y ss., desde una perspectiva crítica). Desde la teoría de las normas, la larga discusión entre concepción valorativa e imperativa de la norma –independientemente de sus consecuencias siste-

partir de la que se ejercía esa débil y simbólica función directiva— y del consiguiente rechazo de una configuración imperativa de las mismas, por lo que sobre la concepción normológica de Jakobs han podido volcarse las mismas críticas que las ya empleadas por los imperativistas para desvirtuar la corrección de la concepción opuesta; así, Adams/Shavell objetan en la actualidad a Jakobs lo que ya Engisch, en idénticos términos, afirmara de la comprensión valorativa de las normas: que su concepción parte de un platónico mundo idealizado de las normas, sin la necesaria fuerza coercitiva para servir a la protección de los intereses esenciales de la sociedad (295). En este sentido, el problema fundamental de esta teoría no es sólo que, al renunciar a imponer un fin instrumental y coercitivo que disuada a los potenciales delincuentes, renuncie a la pretensión de evitar lesiones de bienes jurídicos por parte de éstos —fin que, en cualquier caso, no es buscado por esta teoría—, sino que esa renuncia imposibilita la realización del mismo fin de protección de la vigencia de las normas. Recordemos, por una parte, que estos mismos autores consideraban necesario, para este fin, el carácter obligatorio de las normas penales. Así, vimos que Lesch afirmaba que «ningún sistema social complejo puede existir y sobrevivir si la consecución de alguna parte de su orden normativo no se realiza de forma *obligatoria*»; por su parte, sostiene Kindhäuser que incluso «las normas legítimas sin poder de imponerse adolecen de inestabilidad» (296). Ello nos llevó a afirmar la tesis de que «el Derecho sólo puede pretender garantizar a *Ego* que los demás respetarán la expectativa que la norma expresa si a su vez *Ego* es consciente de que esa norma —o la amenaza asociada a ella— ejerce cierta motivación sobre los demás tendente a la evitación de acciones que vulnerarían esa expectativa». Partiendo de esa tesis se llegó a la conclusión de que esa vigencia de la expectativa normativa sólo podía realizarse si, a su vez, el Derecho ejercitaba una labor directiva de conductas, como efectivamente vimos que se daba en esta teoría. Pero esa función directiva va *sólo* dirigida a los ciudadanos

máticas— parece haber mediado posiciones: ni los imperativistas niegan que la norma posea un componente (previo o actual) de valoración, ni los valorativistas niegan que la propia naturaleza valorativa conlleve cierto imperativo, cierta fuerza motivatoria (*vid.*, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 334; LUZÓN PEÑA, PG, pp. 339 y ss.). Es, más bien, una cuestión de grados y medios: una de las cuestiones sería la de qué es lo que debe motivar, si la amenaza de pena o el propio contenido valorativo de la norma. Posteriormente procuraré volver sobre ello.

(295) Cfr., respectivamente, ENGISCH, *Einführung*, p. 28, y ADAMS/SHAVELL, GA 1990, p. 339.

(296) KINDHÄUSER, GA 1989, p. 497

respetuosos del Derecho, por lo que con ella *Ego* sólo podrá confiar en que los ciudadanos *ya respetuosos del Derecho* satisfarán su expectativa, pero no en que los no respetuosos de las mismas lo harán, ya que no podrá confiar en que ese mensaje simbólico y débil ejercerá influencia en ellos. Es decir: *Ego*, siendo consciente de que hay ciudadanos que no respetan las normas, será consciente también de que esa manifestación simbólica no disuadirá a los mismos de realizar acciones delictivas. Por tanto, *Ego* no podrá confiar en la vigencia de las normas. La conclusión es evidente: sólo cuando el Derecho penal establezca medios disuasorios *también* para los potenciales delinquentes podrá proteger efectivamente la vigencia de las normas, y aportar un margen de seguridad cognitiva. Ello, además, vendrá ratificado por una conclusión a la que llegaremos posteriormente, y que ahora dejaremos solamente formulada: al igual que la confianza genera confianza, la desconfianza en la vigencia de las normas multiplicará socialmente esa desconfianza, y, al igual que la confianza de los respetuosos del Derecho en que sus bienes no serán vulnerados genera en los mismos razones para continuar siéndolo, la desconfianza en la vigencia de las normas ofrecerá razones a quienes respetan el Derecho a dejar de hacerlo, porque el respeto de las normas sólo reportará ventajas si los demás también las respetan.

Como ya dijimos, esta concepción del Derecho penal presenta una gran fuerza de convicción desde el aspecto de la legitimación valorativa, ya que esa expresión meramente simbólica, que se limita a manifestar la validez y vigencia de las normas, aparece como menos incisiva en las libertades de los individuos que una coerción imperativa a través de la amenaza de pena, que impone el respeto de las mismas. Pero esa mayor legitimación valorativa se consigue al precio de renunciar a la efectividad de los fines del Derecho, y no debe olvidarse que dicha efectividad es también un requisito de legitimación. En este sentido, considero correctas esas críticas que objetan a Jakobs el asumir «un mundo idealizado», conformado en la imagen de una sociedad sólo conformada por ciudadanos respetuosos del Derecho, sin potenciales delinquentes; una imagen demasiado optimista, por decirlo así. Parafraseando el título de una obra de Habermas, el Derecho está obligado a hallar un equilibrio entre la *validez* y la *facticidad*: entre el Derecho que debería ser —en una hipotética sociedad— y el Derecho al cual la realidad fáctica obliga a ser, si quiere ostentar cierta efectividad práctica en su labor de protección, ya de bienes jurídicos, ya de expectativas normativas. Ciertamente, el mejor Derecho penal que puede existir es algo mejor que el Derecho penal, pero considero que ello no podría ser viable en la

actualidad. Tomemos algunas consideraciones del propio Luhmann para ilustrar esta afirmación. Afirma el sociólogo que en sociedades simples y arcaicas la confianza se basa en la relación recíproca y plena de los sujetos, sancionada por instituciones puramente simbólicas como la religión o la sensación de pertenencia a una comunidad cerrada, basada en la identidad de las convicciones morales y afectivas comunes. Con el incremento de la complejidad en las relaciones sociales y la disolución de esa identidad común, así como con la consiguiente instauración del pluralismo moral y el anonimato, en las sociedades industrializadas dicha confianza personal se quiebra y se torna en *desconfianza*. A partir de esa quiebra, la confianza, esencial en todo caso para la pervivencia de las relaciones sociales, ha de apoyarse en instituciones instrumentales como el Estado; instituciones que surgen precisamente para paliar la desconfianza interpersonal. De la desconfianza personal se pasa a la confianza institucional, labor del Estado (297). Por ello, en las sociedades actuales la confianza en la vigencia de la norma no, o no sólo, puede basarse en la mera presunción de que los demás serán fieles al consenso creador de las normas por el mero hecho de haberlo aceptado, bastando con la mera simbolización del mismo por la aplicación del Derecho, sino que esa confianza en el respeto al consenso, en permanente conflicto dialéctico con la desconfianza personal, sólo puede ser efectivamente protegida a través de la confianza en el poder coercitivo y vinculante del Derecho, de carácter más intenso que la mera expresión simbólica de la pretensión de respeto del Derecho, ya que de éste no se derivará por sí mismo un motivo suficiente de motivación al respeto de las normas, y poca confianza en la no realización de acciones lesivas por terceros puede generarse si los propios ciudadanos no ven en el Derecho un orden eficazmente vinculante. Como afirma von Gemmingen, «la vigencia social del Derecho se basa en una relación de intercambio entre *poder* y confianza», y sólo «si el Derecho se muestra más poderoso que el delincuente... el lesionado y el entorno se sienten pro-

(297) Sobre la evolución de la confianza personal a la confianza institucional como resultado del tránsito de las sociedades arcaicas a las complejas, *vid.* LUHMANN, *Confianza*, pp. 81 y ss. (pp. 92 y ss. respecto de la confianza en el poder político legítimo); OTTO, *ZStW* 87 (1975), p. 554 y ss., resaltando la necesidad de la confianza institucional a partir de la *desconfianza* interpersonal, si bien negándose a asumirla, lo que le hará mantener un presupuesto de confianza en los valores comunes y a una concepción moral de la *comunidad* al modo de las teorías comunitaristas. Ello tendrá consecuencias para la concepción del injusto. *Vid.* Segunda parte, Capítulo tercero, III, 1, en relación a la concepción de Otto.

tegidos» (298). En suma, la mera misión simbólica de reafirmación en la confianza debe venir reforzada por una misión de carácter instrumental basada en la función instrumental coercitiva (299). En páginas posteriores se retomarán estos argumentos para intentar desarrollar un complemento de esta teoría. Puede, por ello, concluirse aquí, respecto de esta primera carencia.

La segunda objeción va dirigida contra el rechazo por parte de estos autores de un fin de protección de bienes jurídicos. A mi juicio –y ello será formulado brevemente, ya que posteriormente se desarrollará (300)–, no existen obstáculos, ni desde una legitimación instrumental ni desde una legitimación valorativa, para ese rechazo. Desde una perspectiva instrumental porque, si, como hemos dicho, el Derecho sólo puede proteger la vigencia de las normas si al mismo tiempo establece medios dirigidos a la disuasión de conductas lesivas, del mismo fin de protección de las expectativas normativas habrá de derivarse un fin protector de los bienes jurídicos. Expresado de otra forma: El Derecho sólo *puede* proteger la seguridad cognitiva en la medida en que proteja la seguridad material: los bienes jurídicos, que son, a la postre, el contenido de las expectativas normativas. En suma, el fin de protección de expectativas y el fin de protección de bienes jurídicos no sólo no son opuestos, sino que son, de hecho, funcionalmente recíprocos: la realización de uno conllevará *per se* la consecución del otro.

Y desde una perspectiva valorativa considero injustificado ese rechazo precisamente por el hecho de que el contenido de las expectativas normativas es la seguridad material de los bienes e intereses personales. La confianza que conlleva el mensaje normativo: «tus bienes (en sentido genérico) no serán atacados por terceras personas», si bien para el ciudadano implica ya en sí mismo un interés personal, en cuanto esa confianza le permitirá desarrollar sus fines individuales sin temor, presupone en todo caso un interés personal de carácter axiológicamente superior: esos mismos bienes del ciudadano. El temor a ver menoscabados sus bienes viene dado por el hecho de que lo realmente esencial para el ciudadano no es, en sí misma, esa seguridad cognitiva, sino la seguridad material de los mismos. De otra forma: lo que permite al ciudadano participar en las relaciones sociales es la efectiva

(298) Cfr., von GEMMINGEN, ZStW 52 (1932), p. 164. Cfr., sobre la relación de von Gemmingen con las teorías que parten de la prevención general positiva y del delito como lesión del deber, LESCH, *Das Problem*, p. 148.

(299) En similar sentido, BAURMANN, GA 1994, p. 384.

(300) Cfr. *infra* Capítulo segundo, II, 2, B, e).

existencia de esos bienes, antes que la mera confianza en la continuidad de esa existencia; el hecho de estar vivo, y no la confianza en que seguirá vivo. Por ello, desde los presupuestos de una teoría liberal, desde la que el Estado se concibe como un instrumento al servicio de los intereses esenciales de los ciudadanos, el Derecho penal debe, como fin *inmediato*, proteger los bienes jurídicos, la seguridad material, y sólo como fin *mediato*, proteger la confianza en la incolumidad de esos bienes, la seguridad cognitiva. Ya ha sido dicho que, en todo caso, ambos fines tienden hacia una implicación mutua, por lo que ni funcionalmente, ni tampoco valorativamente, puede ni debe prescindirse de uno de ellos. No obstante, la opción por uno u otro como fin *primordial* del Derecho penal conllevará, como ya fue resaltado en la introducción, consecuencias para la construcción dogmática y, por tanto, para la concepción del hecho punible: lesión de bienes jurídicos o lesión de la vigencia de la norma.

En realidad, es en este último aspecto, el cual no puede ser analizado aquí, donde la oposición entre ambos fines se torna más relevante. En este sentido, debe resaltarse, siquiera brevemente, que la verdadera razón por la que Jakobs prescinde del fin de protección de bienes jurídicos no es ni de carácter funcional ni de carácter valorativo —a diferencia de las concepciones comunitaristas, en las que el rechazo a ese fin del Derecho penal viene dado por las implicaciones liberales que conlleva— sino de carácter metodológico: para este sector doctrinal, desde una concepción sistémica de las relaciones sociales, el concepto de delito como lesión del bien jurídico es rechazable epistemológicamente, porque conlleva, a su juicio, una comprensión naturalista del delito, que contempla sus efectos producidos en el «entorno» del sistema social, y no dentro del mismo, en el cual sus relaciones no se perciben como lesiones materiales y causales de bienes tangibles, sino como procesos de comunicación simbólica (301).

Por último, conviene hacer mención de una tercera limitación, ubicada ésta en los presupuestos en que se sostiene esta teoría. Recordemos que criterio esencial de la misma, y desde el cual se rechaza la necesidad de una función directiva instrumental del Derecho, es la premisa de que los ciudadanos son respetuosos de las normas jurí-

(301) *Vid.*, por ejemplo, JAKOBS, AT, p. VII (Prólogo a la primera edición); el mismo, ZStW 107 (1995), p. 844, 861 y *passim*; MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 144: «El injusto penal afecta a las condiciones autorreferenciales de constitución de la sociedad como sistema de comunicación»; LESCH, ADPCP 1995, pp. 916 y ss. En sentido similar, criticando la visión naturalista de lo social de la teoría del bien jurídico, KARGL, *Rechtsgüterschutz*, p. 54. Este ámbito de la discusión es demasiado complejo para ser desarrollado aquí.

dico-penales, dado a su vez el presupuesto de que dichas normas son fruto de un consenso intersubjetivo y democrático, es decir, elegidas y, por ello, aceptadas por los ciudadanos. A mi juicio, esta presunción, si bien esencialmente correcta, debe, por un lado, admitirse con ciertas reservas; por otro, debe fundamentarse teóricamente. Debe, en primer lugar, admitirse con reservas porque, además de la realidad ya citada de que también existen potenciales delincuentes, del mero hecho de que el Derecho actual pueda calificarse como democrático, no puede concluirse que los ciudadanos mantengan dicha relación de aceptación valorativa con cada norma establecida en el Código Penal. En este sentido, apenas cabe dudar que, respecto de dicha aceptación, podrá establecerse cierta escala gradual, habiendo normas que, por ir dirigidas a la protección de los intereses más esenciales a la persona —la vida, por ejemplo— obtendrán un mayor consenso que otras que regulen situaciones más difusas o lejanas a la esfera de intereses individuales —bienes jurídicos colectivos—, o que sean objeto de conflictos valorativos en el seno de la sociedad —delitos contra el deber de prestación del Servicio Militar o delitos relativos al tráfico de drogas, por ejemplo—. Y, en segundo lugar, debe fundamentarse teóricamente porque en la base argumental de esta teoría se haya ese consenso, ya que desde el mismo infiere la razón del respeto a las mismas. Expresado en otros términos: ya que el consenso es tanto criterio de legitimación de las normas como, por ello, razón para el respeto de las mismas (302), esta teoría debe entrar en la cuestión de cuáles son los bienes jurídicos que *deberían* ser protegidos por el Derecho penal según el citado consenso, para, con ello, establecer una graduación, siquiera genérica, de la legitimación de las distintas normas, el cual determinará, a su vez, escala gradual respecto del acatamiento de las distintas normas.

No obstante, la respuesta a esta cuestión es, por lo general, deliberadamente desplazada de la discusión de los fines del Derecho penal por los defensores de la prevención general positiva. Ello viene debido a las propias características de la metodología jurídica que esta doctrina adopta, influenciados también en este punto por la perspectiva sociológica del Derecho de Luhmann, desde la cual se renuncia a establecer, como labor propia de la dogmática, criterios de

(302) La indudable vinculación entre la legitimidad consensuada de las normas y su vigencia fáctica es resaltada, entre otros, por WOLFF, ZStW 97 (1985), p. 800. Cfr. asimismo MIR PUIG, *Sobre el principio de intervención mínima*, p. 156: «Sólo cuando la amenaza penal apoye una norma penal primaria *convinciente* podrá desplegar una función de prevención general *positiva*» (cursivas parcialmente añadidas).

racionalidad crítica y de legitimidad respecto de la elaboración del Derecho (303). Es decir, en el estudio dogmático del Derecho se parte exclusivamente del Derecho positivo, de lo dado por el Legislador, por lo que no se establecen pautas críticas respecto de cómo debería ser ese Derecho. Ello es expresado con claridad por Müssig, quien pone de manifiesto que «los puntos de partida de la teoría sistémica son, esencialmente, ciegos ante la problemática jurídico-penal de la legitimación» (304). Y, dada esta influencia, esta versión de «la teoría de la prevención general positiva... es un modelo formal y positivista en la medida en que da por supuesta, es decir, no convierte en el tema a tratar, la configuración concreta de la sociedad» (305).

(303) Es en este sentido en el que SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 70, califica de «sociológica» la concepción dogmática de Jakobs, «puesto que la construcción dogmática ha perdido toda autonomía valorativa (y, por ello, toda posibilidad de aportación de principios correctores)...»; si bien este autor se refiere no al ámbito de la criminalización de conductas, sino al de la misión del Derecho penal: «... y se ha hecho esclava de la constatación empírica de cuáles son las funciones del subsistema jurídico-penal en el sistema social»; no obstante, la afirmación del autor español puede ir dirigida también a este segundo ámbito, como lo muestra, por ejemplo, la descripción crítica que realiza HABERMAS, *Facticidad*, p. 115, sobre el modelo metodológico de Luhmann: «Al final de un largo proceso de desencantamiento por parte de las ciencias sociales, la teoría de sistemas liquida los restos del normativismo del derecho natural racional. El derecho, que acaba reduciéndose a un sistema autopoyético, queda despojado, desde ese punto de vista sociológico, distanciador y extrañante, de todas sus connotaciones normativas... Su validez, el derecho sólo puede hacerla derivar positivísticamente del derecho vigente; se ha despojado de toda pretensión de validez que pueda tener un alcance mayor. No hay ni un *output* que el sistema jurídico pudiese suministrar en forma de regulaciones: no le están permitidas las intervenciones en el entorno. Ni tampoco hay un *input*, que el sistema jurídico recibiese en forma de legitimaciones: también el proceso político, el espacio de la opinión pública y la cultura política constituyen entornos, cuyos lenguajes el sistema jurídico no entiende». En el mismo sentido, RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, p. 45. Respecto a la postura de Jakobs, la desvinculación de la protección de expectativas con el contenido de dichas expectativas es resaltado, entre otros, por BARATTA, CPC 984, p. 534; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 257; V. HIRSCH/HÖRNLE, GA 1995, p. 262.

(304) MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 72.

(305) MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 238. Afirmaciones similares en JAKOBS, AT 1/18: el fin del Derecho penal por él mantenido «presupone que el orden social merece los costes que se imponen al infractor de la norma»; LESCH, *Das Problem*, p. 259, refiriéndose al concepto de hecho punible: «la contrariedad de la norma relevante a los efectos de sanción no se refiere al *contenido* de la norma, sino a la *vigencia* de la norma». Cfr. también PEÑARANDA RAMOS /SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, p. 28, quienes afirman, respecto de la concepción de la dogmática de Jakobs, que para éste «la decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización sería una tarea puramente política, no jurídico-penal en la que a la ciencia del Derecho penal sólo correspondería determinar cuáles son los efectos de la regulación legal y su correspondencia con las valoraciones establecidas».

No puede entrarse aquí en un desarrollo crítico de dicha caracterización del papel del intérprete jurídico. En cualquier caso, reiterando afirmaciones anteriores, debe concluirse afirmando lo siguiente. Por un lado, que resulta paradójico partir de la «configuración concreta de la sociedad» y al tiempo presumir un reconocimiento casi absoluto del Derecho por parte de los ciudadanos. Por otro lado, que, dejando aparte el hecho de considerar que la cuestión relativa al contenido de las normas jurídico-penales sí ha de ser objeto de la dogmática, ello es, en todo caso, obligado para los defensores de este fin de la pena, por cuanto el contenido de dichas normas tendrá relevancia directa sobre la corrección de sus premisas teóricas. En primer lugar, si, como el propio Lesch afirma, «la pena sólo se legitima a través de la propia legitimidad del orden para cuyo mantenimiento se pune» (306), o si, como pone de manifiesto Jakobs, la «culpabilidad material presupone normas legítimas» (307), parece indudable que la discusión sobre la legitimidad de ese orden normativo condicionará la discusión sobre la legitimidad de los fines y fundamento de la pena. En segundo lugar, por el hecho de que, según los mismos presupuestos de esta concepción, la legitimación de las normas aportará la razón del respeto a las normas; así, según el grado de legitimación intersubjetiva habrá de establecerse el grado de aceptación de las mismas.

4. La prevención general negativa

Como se afirmó en la introducción a esta segunda parte, en la discusión actual sobre los fines de la pena sólo las concepciones relativas de la misma, dirigidas a la satisfacción de un fin social, son susceptibles de legitimación. Por ello, una vez estudiadas las diferentes versiones de la prevención general positiva, y excluida de antemano como *fundamento* de la pena la teoría de la resocialización, conviene que nos detengamos en la prevención general negativa. Esta teoría, fundada por Feuerbach y que suele caracterizarse como el modelo «clásico» de la prevención general, concibe la pena no como un medio destinado a obtener un efecto psico-social inmediatamente «positivo», sino como un mecanismo meramente disuasor de la realización de conductas, basado en la intimidación bajo la amenaza de pena, en la «coacción psicológica», tal como la denominara su creador. Como suele decirse, mientras que la teoría de la prevención general positiva, al partir de la retribución, «es una teoría de la pena

(306) LESCH, JA 1994, p. 599.

(307) JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 386.

(impuesta)» (308), la teoría de la intimidación es primariamente una teoría de la conminación penal (309), sirviéndose para la satisfacción de su fin principalmente del momento preventivo de la amenaza penal abstracta, y viniendo la imposición concreta de la pena a servir como refuerzo destinado a confirmar o asegurar la seriedad de la amenaza: a manifestar que las amenazas de cumplen en caso de infracción de las normas (310). Ello establece una primera característica diferenciadora respecto de la prevención general positiva, en el sentido de que la prevención general positiva –como heredera de la retribución– se sirve del momento represivo, reactivo, de la imposición concreta de pena –a partir de la idea directriz del *restablecimiento* de un *statu quo*–, frente a la prevención de intimidación, cuyo fin es exclusivamente la prevención de acciones futuras, por lo que el instrumento principal para llevar a cabo sus fines radica en el momento preventivo de la conminación penal abstracta. Conviene resaltar, además, que la atención que con Feuerbach se pone en el momento conminatorio abstracto viene dada como consecuencia de la concepción ilustrada y liberal del hombre como ser racional y del Estado como instrumento al servicio de los individuos (311), desde la cual se persigue fundamentar bajo criterios racionales e instrumentales el ejercicio del *ius puniendi*, adelantándose el momento preventivo desde la ejemplaridad simbólica del Poder absoluto del Soberano con la ejecución pública y ceremonial del castigo a la pauta general y abstracta de disuasión de acciones basada en la racionalidad de los destinatarios (312).

Por otra parte, el fin de intimidación como factor de motivación es lo que lleva a un sector doctrinal a asumir la amenaza de pena como

(308) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 232. En igual sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 271, y RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal*, p. 83; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 115.

(309) HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 74; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, pp. 35 y 38; JAKOBS, AT, 1/27.

(310) Entre otros muchos, puede verse ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 17; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 77: la amenaza no coaccionará, si la pena nunca es impuesta y ejecutada; HASSEMER, *Einführung*, p. 309.

(311) Así, entre otros muchos, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 35; HASSEMER, *Einführung*, p. 309; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 196, quien resalta que «la atribución de una auténtica relevancia al momento de la conminación penal abstracta debe estimarse íntimamente vinculada al liberalismo»; *vid.* asimismo p. 212, resaltando la concepción del individuo como hombre racional. Sobre ese modelo antropológico propio de la Ilustración, *cfr.* también TORIO LÓPEZ, RFDUC 11 (1983), pp. 671 y s.

(312) *Cfr.* OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 196; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 277 y ss.; MIR PUIG, PG 3/18.

único instrumento directivo de conductas (313), dando así a entender que sólo por vía de amenaza cabe ejercer dicha finalidad motivacional. Pero ello, como ya se sugería con ocasión del fin de la pena en Jakobs y sus discípulos, no tiene necesariamente que ser así: el efecto de motivación para la acción –y como correctamente afirma Silva Sánchez, defensor de la prevención de intimidación (314)– se produce por la norma jurídico-penal en su conjunto, entendida ésta como la unión de la norma de conducta en sí, que declara prohibida una acción (por lo que incluye una pauta valorativa), más la amenaza de pena; por lo que el acatamiento de la norma podrá producirse tanto motivado por el miedo o el saldo negativo de beneficios que supondría la acción delictiva, como por el respeto de la propia norma –y esto, a su vez, por diferentes motivos: consenso, internalización, etc.– (315).

En este sentido, la identificación de efecto directivo de conductas y conminación penal abstracta implícito en esta teoría, si bien resalta un fin necesario para la protección efectiva de bienes jurídicos, el cual, como hemos visto, parece abandonarse, o al menos relativizarse, en las teorías preventivo-generales vistas hasta ahora, debe rechazarse. Y deben calificarse *prima facie* de acertadas las críticas realizadas contra esta teoría relativas a que, al limitar la prevención al efecto disuasorio del miedo ante la amenaza de un mal, definen a la persona únicamente como «un ser que actúa de acuerdo a motivaciones, instintos o fines particulares, pero no de acuerdo a valores» (316).

Por otra parte, es indudable –e independientemente de que, como a continuación se expondrá, existen dos concepciones diferentes de esta teoría, que conllevan, a su vez, dos formas diferentes de comprender a la persona– que la teoría de la intimidación toma al ciudadano exclusivamente como potencial delincuente, partiendo de la presunción del mismo como enemigo del Derecho (317). No obs-

(313) GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro...?*, p. 147; MIR PUIG, *Introducción*, pp. 57, 67 y *passim*; MUÑOZ CONDE, *Control social*, p. 33. Más referencias en FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 33, nota 74.

(314) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 355. *Vid.* ya, en similar sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 118, aunque termina por afirmar que para la motivación son necesarios ambos elementos; inversamente: que sin amenaza de pena no cabe motivación.

(315) Cfr. asimismo MAIHOFER, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, p. 27, quien afirma, en similar sentido, que la motivación psicológica ejercida por la norma puede deberse tanto a consideraciones individuales de racionalidad instrumental o de racionalidad valorativa.

(316) Así, FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 33.

(317) En este sentido, JAKOBS, AT 1/33; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 33.

tante, la connotación crítica de esta afirmación no debe llevarse al extremo. Como ya fue expresado, en un Derecho penal propio de un Estado democrático debe partirse *hasta cierto punto* de que los ciudadanos, por ser el Derecho expresión de su elección, de su consenso, mantendrán el respeto general hacia las normas, pero el Derecho penal como tal —no en vano un tosco mecanismo de organización social basado en un principio de *ultima ratio*—, como orden directivo de conductas, no puede dejar de considerar *también* a los ciudadanos como potenciales infractores de las normas; si no fuera así no tendría sentido la propia existencia del mismo, o, en todo caso, el empleo de un mecanismo tan contundente como la sanción penal. En efecto —y las siguientes consideraciones pueden servir como ulterior objeción al ya estudiado fin de protección de la vigencia de las normas—, si el Derecho penal sólo fuera dirigido a potenciales víctimas, sus normas no serían más que una instancia informadora de la atención que por el Estado se prestan a sus bienes jurídicos, y no tendría en absoluto sentido el carácter prescriptivo que desde siempre se ha atribuido a las normas jurídico-penales; carácter prescriptivo que sólo adquiere sentido tanto lógico como teleológico si la norma va dirigida a (la evitación de conductas por) hipotéticos infractores de las mismas. Y si la pena sólo fuera dirigida a potenciales víctimas no tendría sentido el carácter aflictivo que la caracteriza, sino que —como de hecho se reprocha a toda concepción meramente «expresiva» y simbólica de la pena, tanto a la de Jakobs como a la de los partidarios del fin de restablecer la «comunidad ética»— bastaría un mero acto simbólico de carácter público, sin el componente coactivo que conlleva la pena (318). Como ya se dijo, incluso un Derecho

(318) Frente a la concepción de Jakobs cfr.: MIR PUIG, *Función fundadora*, p. 138: «Si, como pretende Jakobs, la función del Derecho penal fuera sólo la confirmación de la confianza en las normas y supusiera únicamente una reacción destinada a *poner de manifiesto* que sigue la vigencia de las expectativas, ¿por qué no habría de bastar con una declaración inequívoca al respecto? ¿Por qué es preciso imponer un mal, como pena, si ésta no busca la intimidación, sino sólo evitar posibles dudas acerca de la vigencia de la norma infringida?». En el mismo sentido, SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 8; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 257; HÖRNLE/VON HIRSCH, GA 1995, p. 266; SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, p. 92; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 67, afirmando que por ello la concepción de Jakobs no es capaz por sí misma de legitimar la pena. Respecto de esta crítica, merecen citarse las manifestaciones que el nacionalsocialista DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 10, hace respecto de la concepción simbólica de la pena por él defendida, cuyo fin es realzar la fuerza simbólica y la cohesión ética de la comunidad del pueblo, relativas a que «al mismo fin sirve la divulgación de la condena a través de la prensa y la radio, de carteles públicos y emisiones cinemato-

penal que persiga exclusivamente un fin de aseguramiento de expectativas, necesita como medio del mismo un fin directivo de conductas y, si no quiere crear meras ilusiones de seguridad, un fin no meramente simbólico. En otras palabras, debe contemplar a los ciudadanos *también* como potenciales delincuentes. En este sentido, la prevención de intimidación podría erigirse como candidato a tal fin instrumental de apoyo a la finalidad simbólica de protección de expectativas. Ello habrá de considerarse a la hora de establecer una toma de postura. Antes, en cualquier caso, deben plantearse las concepciones que de la prevención general negativa han surgido en la doctrina jurídico-penal, así como las críticas de que han sido objeto.

En lo que viene denominándose prevención general negativa caben dos formas de entender el mecanismo conminatorio de la pena. Una persigue la motivación en contra de la realización de delitos; otra persigue la motivación en contra del delito (319).

La primera concepción responde a la comprensión clásica de su creador. Partiendo del modelo antropológico citado del hombre como un ser racional, capaz de decidir sobre la dirección de su actuación en función del cálculo de los costes y beneficios que la misma reportaría, la amenaza de pena tiene el fin de intimidar por el temor del acaecimiento de un mal que será mayor que la satisfacción que pretende obtenerse del delito. Es, por tanto, una mera coerción externa, que apela a la razón del delincuente, y no a la conformación de su conciencia mediante la articulación de procesos inconscientemente inducidos (320). Es decir, persigue una mera motivación en contra de la realización de acciones delictivas.

Frente a esta concepción, se da también otra que atribuye a la intimidación el fin de mayor calado de motivar en contra del delito en sí, mediante la conformación de las conciencias con arreglo a los valores

gráficas y de la información inmediata en pequeñas comunidades». La cuestión es, en suma, que una teoría meramente simbólica de la pena no posee razones para justificar la necesidad de la pena.

Respecto a críticas de idéntico signo frente a posiciones etizantes del ordenamiento jurídico y la comunidad, cfr. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 66; NINO, *Introducción*, p. 426; BETEGÓN, *La justificación del castigo*, pp. 305-306.

(319) Tal es la caracterización que hace OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 274.

(320) En la actualidad es mantenida esta concepción como fin justificador exclusivo de la pena (esto es, sin coordinarla con la prevención general positiva) por un sector doctrinal bastante reducido. Entre otros, HOERSTER, GA 1970, pp. 272 y ss.; VANBERG, *Verbrechen*, pp. 1 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 232 y ss, quien hace especial incidencia en la relación racional y externa entre individuo y norma. Con matices, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, pp. 274 y ss.

representados en las normas. Pero ello no entendido como ratificación de la aceptación racional y dialogada de las normas a través de un previo pacto intersubjetivo, sino por medio de la internalización de valores a través de efectos irracionales y subconscientes: cercano, por ello, no a la protección de la validez normativa del Derecho sino a la función ético-social welzeliana, si bien derivado de diferentes premisas teórico-políticas. La proximidad funcional de la intimidación con el fin educacional y «configurador de las costumbres» ha sido puesta a menudo de manifiesto (321), si bien su consolidación teórica responde a su fundamentación bajo el instrumental argumentativo de la psicología profunda, llevada a cabo por primera vez por Gimbernat (322), para quien el psicoanálisis no sólo aporta una explicación, sino también una justificación racional del Derecho penal (323), aun al precio de llevarse a cabo por medio de efectos irracionales para sus destinatarios. Como se ha dicho, desde esta perspectiva, la amenaza y la imposición de pena persiguen la evitación de acciones delictivas, pero ello no por la amenaza externa, sino, «de modo menos simple y más diferenciado que lo que afirmaba la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach» (324), a través del reforzamiento de los «mecanismos inhibidores y represivos de las tendencias agresivas y antisociales» (325) y de la conformación de su esquema de valores. Afirma así Gimbernat que «de la misma manera que la conciencia, el Super-Yo del niño se forma reaccionando con la privación del cariño (castigo) ante el comportamiento prohibido... mediante la introyección por el niño de esas exigencias y deseos que se le dirigen, así también la Sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir —creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación

(321) Cfr. ANDENAE, *Punishment*, p. 35; HAFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 63 y *passim*; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 207; VANBERG, *Verbrechen*, p. 28.

(322) En *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?* (1970), pp. 140 y ss. (pp. 146 y ss.). Le sigue LUZÓN PEÑA, *Derecho penal y psicoanálisis*, p. 141. Que Gimbernat haya sido el primero en emplear el psicoanálisis para fundamentar esta tesis es reconocido por HAFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 64, nota 12. Como es sabido, del filón de la psicología profunda no sólo ha surgido esta teoría, sino también la que vimos basada en la satisfacción de los instintos agresivos de venganza a través del castigo al chivo expiatorio y, centrada, por tanto —y en oposición a la primera— en la imposición concreta de la pena; desde la cual, en cualquier caso, se pretendía también, como efecto *ulterior*, la internalización de valores. La diversa aplicación del psicoanálisis es resaltada por LUZÓN PEÑA, *Derecho penal y psicoanálisis*, p. 150.

(323) GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro...?*, p. 146; LUZÓN PEÑA, *Derecho penal y psicoanálisis*, pp. 141.

(324) LUZÓN PEÑA, *Derecho penal y psicoanálisis*, pp. 142-143.

(325) LUZÓN PEÑA, *Derecho penal y psicoanálisis*, p. 145.

mediante el proceso educativo— que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana» (326).

La prevención general negativa, especialmente la primera concepción, parece, sobre todo en la doctrina alemana, prácticamente abandonada en la actualidad. Contra la misma han venido realizándose una serie de críticas, las cuales, no obstante, no han dejado de obtener réplica por parte de sus defensores.

No entraremos en la cuestión relativa a la viabilidad empírica de esta teoría. Ya vimos que sobre este punto nos movemos a partir de meros criterios de sentido común, y que, desde los mismos, tanto las teorías de la prevención general positiva como la teoría de la intimidación pueden superar el listón de la legitimación instrumental. Por el contrario, nos limitaremos a las objeciones de carácter normativo. La crítica más sólida desde un punto de vista ético es la derivada del primer imperativo categórico kantiano: la prevención de intimidación conlleva la utilización del individuo sobre quien se impone la pena como un medio para el fin de intimidar a la colectividad (327). Ciertamente, si esta crítica se asumiera en todas sus consecuencias llevaría a considerar inmoral la misma institución de la sanción pública (328), pero no sólo en relación al fin de intimidación, sino respecto de toda justificación relativa de la pena, es decir, basada en una justificación utilitarista (329). De hecho, el

(326) GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro...?*, pp. 146-147. Cfr. también, en el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, *Derecho penal y psicoanálisis*, p. 143.

(327) Así, respecto de la prevención de intimidación, ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 18; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 54; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 38; HASSEMER, *Einführung*, p. 316; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 87; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 34.

(328) Quizá por ello, algunos autores parecen mostrar cierta resignación frente a dicha crítica, afirmando que la misma debe ser relativizada, porque de lo contrario, una aplicación estricta de dicho imperativo categórico conllevaría la imposibilidad de exigir cualquier tipo de deber individual para con la sociedad. Así, ANDENAES, *Punishment*, p. 130; ROXIN, *Sinn und Grenzen*, pp. 10 y 19, quien además resalta el hecho de que las sanciones, en su justificación abstracta, están también para proteger a quien quebranta las normas, por lo que de ello se genera una obligación de contribuir al mantenimiento general de esa protección. También tiende a esa relativización SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, pp. 80, quien termina por rechazar la pretensión kantiana *strictu sensu*, por considerarla frontalmente opuesta con la única posibilidad de dar a la pena el sentido de necesidad para la protección de la colectividad.

(329) En este sentido, HOERSTER, GA 1970, p. 279; el mismo, Weinberger-FS, p. 231; WOLFF, ZStW 97 (1985), p. 803; FLETCHER, ZStW 101 (1989), pp. 808-809; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 255: «Si la prevención de intimidación es criticada porque supone una instrumentación del individuo, la prevención general positiva de Jakobs no hace sino empeorar las cosas»; OTTO, H.-J., *Generalprävention*, pp. 256 y ss.; ROXIN, AT 19/33, también respecto de la concepción de la culpabilidad en Jakobs; HÖRNLE/VON HIRSCH, GA 1995, p. 263.

primer imperativo kantiano es opuesto normalmente contra la propia doctrina ética utilitarista (330), cuyo carácter *consecuencialista* preside la lógica preventiva de toda teoría de la pena que pretende la satisfacción de fines sociales. Así, también la prevención general positiva, en cualquiera de sus versiones, se sirve del individuo al que se impone la pena ya para estabilizar la conciencia ético-jurídica, ya para satisfacer instintos de venganza, ya para reafirmar la vigencia de la norma. A mi modo de ver, la objeción kantiana pesa como una losa sobre toda concepción consecuencialista de la pena, por lo que debe intentar establecerse medios para reducir en lo posible tal peso. Y ello sólo puede llevarse a cabo atendiendo a las garantías para el delincuente a quien la pena se impone, cuya ausencia en el caso de la prevención de intimidación es, en cualquier caso, también resaltada por sus detractores. Se afirma, así, que la prevención de intimidación aboca a una escalada punitiva inevitable, ya que la efectividad de la prevención exigirá penas más elevadas, tanto en la conminación abstracta, como en la imposición concreta (331). En el mismo sentido, se objeta que la prevención general de intimidación carece de límites en lo tocante al aspecto *distributivo* de la punición, ya que según su propia lógica nada obstaría a punir a inocentes o inimputables si ello eleva el efecto intimidatorio (332). Se concluye, en suma, afirmando que «la prevención negativa no es respetuosa con el principio de culpabilidad» (333); por ello esta teoría, «si no se vincula al principio de proporcionalidad resulta insoportable» (334).

A mi modo de ver, estas críticas pueden resultar acertadas respecto de las concepciones que pretenden prescindir de toda referencia a la culpabilidad como criterio limitador del *ius puniendi*, y obtener

(330) Cfr., por ejemplo, RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 40 a 46; FRANKENA, *Analytische Ethik*, p. 61; NINO, *Introducción*, p. 400: «El utilitarismo, al no tener en cuenta ciertos derechos individuales que funcionan como restricciones laterales a la maximización del bienestar general, admite el sacrificio de ciertas personas en aras del mayor bienestar de otras.»

(331) Críticas respecto del «terror penal» inherente a la prevención de intimidación pueden verse, entre otros, en ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 9; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 208; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 36; HASSEMER, *Einführung*, p. 309; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 85; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 276, 279; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 34.

(332) La ausencia de límites es puesta de relevancia, entre otros, por HART, *Prolegomenon*, p. 19; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 209; FLETCHER, *ZStW* 101 (1989), p. 808; HASSEMER, *Einführung*, p. 310; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 148 y ss.

(333) FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 34.

(334) HASSEMER, *Einführung*, p. 310.

criterios correctores dentro de la propia lógica utilitarista (335), pero no respecto de la prevención de intimidación en sí como mero fin de la pena, el cual puede ser compatible con la atención a criterios garantísticos de proporcionalidad. A este respecto, me parece acertada la opinión de Silva Sánchez, cuando afirma que «el problema de la legitimación axiológica de la prevención general (negativa) como teoría del Derecho penal sólo puede resolverse si se tiene presente que la legitimación no la posee en sí misma, sino en su relación dialéctica con los demás fines del Derecho penal» (336). Esta tendencia resulta, no obstante, contraria a la dirección tomada por la actual prevención general positiva. Característico de la misma, desarrollada al amparo de la teoría de la retribución, es el haber nacido orientada hacia la pretensión de erigirse en una superación de las clásicas antinomias de la pena (337), en tanto en cuanto operan como una teoría unitaria no sólo de la pena, sino del Derecho penal, incluyéndose además los presupuestos de la culpabilidad como necesidades derivadas de su propia lógica argumental, afirmando, como vimos, que la pena adecuada a la culpabilidad (y sólo ésta) produce efectos preventivos.

El análisis del binomio culpabilidad-prevención no será planteado en este momento; baste afirmar que considero que esa pretensión carece de plausibilidad, por el hecho de que la prevención general positiva no deja de ser una teoría basada en criterios consecuencialistas: orientada a fines, por lo que los principios garantistas, de naturaleza deontológica, si se interpretan a la luz teleológica de las necesidades preventivas, perderán su carácter de límite y se verán funcionalizados en aras de la satisfacción de las mismas. En resumen, también la prevención general positiva resultará insoportable sin una vinculación con el principio de proporcionalidad, el cual, como los demás límites al *ius puniendi*, deberá ser externo a la lógica preventiva.

Y respecto a la crítica relativa al «terror penal» a que puede abocar la prevención de intimidación, sus defensores suelen replicar, por una parte, que, como parece haberse demostrado, no es tanto la severidad de la pena como la certeza de ser descubierto lo que producirá dicha intimidación, por lo que no será preciso para ello el establecimiento de penas draconianas (338). Por otra parte, se afirma también

(335) Tal es la concepción de Gimbernat y Luzón Peña. Cfr., especialmente, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena*, pp. 26 y *passim*.

(336) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 216.

(337) Así, CALLIES, NJW 1989, p. 1339; PÉREZ MANZANO, *Aportaciones de la prevención general positiva*, pp. 73 a 75; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 38. Sobre antecedentes a la relación entre culpabilidad y prevención, *vid.* PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 30 y ss.

(338) Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 219.

que, de hecho, la prevención de intimidación precisará de menor cantidad de pena para satisfacer sus fines de lo que precisaría la prevención general positiva (339). Por ejemplo, apenas puede dudarse que la satisfacción de las exigencias de venganza por parte de la opinión pública en algunos casos implicará una mayor necesidad de pena que para el fin de confirmación de la seriedad de la amenaza.

Antes de concluir con las consideraciones dirigidas a la prevención de intimidación, conviene retomar una perspectiva crítica que sólo quedó mencionada. Como hemos visto, numerosos autores han manifestado sus reservas respecto del modelo antropológico en que se sostiene la prevención de intimidación «racionalista»; críticas dirigidas en su mayoría en relación a su corrección psicológica, empírica. No obstante, algunas de esas críticas conllevan asimismo cierto componente normativo, desde el cual se objeta el hecho de que este fin de la pena tome a los hombres como meros egoístas racionales, capaces de actuar sólo motivados en función de su propio beneficio o daño, y no —como vimos que algún autor afirmaba— de acuerdo a valores o compromisos de más largo alcance (340). Así podría interpretarse, por ejemplo, la clásica objeción hegeliana del perro y el palo; objeción que hoy, más prosaicamente, es reiterada afirmando que ese modelo de persona no puede ser admitido en un Estado democrático que respete la dignidad de los ciudadanos (341).

Como ya adelanté, comparto la idea de que el Estado —y el Derecho penal, entonces— no puede tratar a las personas sólo como meros enemigos del Derecho; es decir, partiendo de la presunción contra ciudadano de que, a menos que contra ellos se establezcan intensas barreras coercitivas, su inclinación natural será la de atentar contra los intereses de los demás; por el contrario, en un Estado democrático ha de elaborarse sobre la premisa de que existirá un cierto margen de respeto a las normas, dada su génesis consensual. Ello implica que el ciudadano sí ha de ser también tratado como un ser capaz de orientarse en torno a valores. Y ello porque dentro de la propia noción de democracia late no sólo ese pacto intersubjetivo, sino también cierto grado de compromiso respecto al mismo; presupuesto que es desaten-

(339) Así, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, *Prevención general*, p. 149; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 78. Si bien el primer autor, en su trabajo, *Medición de la pena*, p. 35, afirma que entre ambas teorías se dará una equivalencia en relación al límite máximo de pena: lo necesario para la intimidación será lo necesario para el «prevalcimiento del Derecho», en referencia a la concepción de Roxin.

(340) Críticas valorativas a dicha concepción del hombre, por ejemplo, en WOLFF, ZStW 97 (1985), p. 792; HERZOG, *Prävention des Unrechts*, pp. 42 y ss.

(341) FEUÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 33; similar LESCH, JA 1994, p. 517.

dido desde la prevención de intimidación. En este sentido, puede establecerse un paralelismo teórico entre la prevención negativa y la concepción hobbesiana del Estado. Así, también para el liberal pero no demócrata Hobbes el modelo de persona que participa en el contrato social es un ser individualista y autointeresado (342), movido exclusivamente por una razón *estratégica* dirigida a incrementar su beneficio *inmediato* aun frente a los intereses de los demás. Por ello, el único modo de establecer un orden de paz y seguridad, motivo para el que el Estado se crea, es otorgar al Leviatán un poder absoluto e ilimitado, legitimándose su actuación posterior únicamente en función de ese poder constituyente que sanciona el contrato social. En palabras de Vallespín, la finalidad básica del Poder estatal en Hobbes es «obligar “por el terror que ese poder y esa fuerza producen” a que se mantenga la paz interna». Y para obtener eficazmente ese fin, «una vez “autorizado”, el Estado dispone ya de un poder irrevocable capaz de protegerse automáticamente frente a posibles intentos por parte de los contratantes para recuperar los derechos a él enajenados. Lo que importa es que los súbditos se sometan a la discrecionalidad del Estado» (343). Pues bien, ese modelo hobbesiano no puede ser, a mi juicio, el que ha de imperar en la actual comprensión del Estado. Con razón se ha puesto de manifiesto, precisamente respecto de la prevención de intimidación, que «únicamente con egoístas racionales, que en cada situación calculan sus posibles beneficios y actúan en consecuencia, no puede formarse un Estado de Derecho y, por ello, tampoco un Derecho penal propio de un Estado de Derecho» (344). Y si no ha de ser esa la comprensión del Estado actual, tampoco puede ser ese exclusivamente el modelo de persona al que el Estado se ciña para orientar su actividad, lo que, en lo tocante a los fines de la pena, significa que no puede ser la prevención de intimidación el único *telos* que

(342) Cfr., por ejemplo, KOLLER, Weinberegger-FS, p. 251, quien caracteriza al modelo de persona precisamente como un *homo oeconomicus*. Vid. también VALLESPÍN, *Historia de la teoría política*, p. 298, quien resalta que el liberalismo de Hobbes ha de entenderse en el «sentido del liberalismo –o mejor, individualismo– económico»; CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 279-280; HABERMAS, «Razonable» versus «Verdadero», p. 153: «Hobbes quiso reducir la razón práctica a razón instrumental... El contrato social se propone como un procedimiento para el que basta el autointerés ilustrado de los participantes.»

(343) VALLESPÍN, *Historia de la teoría política*, pp. 290-291. (Entrecomillados en el original.) Si bien este autor resalta que en la comprensión de Hobbes «la obligación de obediencia de los súbditos cesa desde el momento en que éste es incapaz de protegerlos» (p. 297).

(344) KUHLEN, GA 1994, p. 364. En un sentido similar, BAURMANN, *Der Markt der Tugend*, p. 273 y 274; el mismo, *El mercado de la virtud*, pp. 45-46, y pp. 100 y ss.

legítima al Derecho penal, ni tampoco a la pena. Como acabamos de decir, esta teoría desatiende el componente de cooperación que subyace al Estado democrático. Ello queda patente en el hecho de que las razones para la acción, la motivación, a que esta teoría se dirige, son independientes del contenido de las normas y de la legitimidad procedimental de su emanación, ya que es sólo la amenaza de pena la que realiza dicho efecto motivatorio (345), sin que en ello intervenga la validez del propio contenido de la norma. Pero, si como habíamos dicho, característico del mismo es el reconocimiento consensuado de las normas por los ciudadanos; y ese criterio de legitimación es, a su vez, y por estar basado en la *autolegislación* de los individuos, un factor de motivación de las normas; entonces el propio contenido de las disposiciones normativas, o el grado de legitimación consensual, operará como razón del acatamiento. Por ello, al no incluir este aspecto, la teoría de la prevención de intimidación no abarca la especificidad propia de un Derecho democrático, por lo que no puede, *por sí sola*, erigirse en fin legitimador de la pena.

No obstante la refutación de ese hombre racional autointeresado, hay razones también para el elogio. Como hemos dicho, el Estado no puede concebir al ciudadano *sólo* como hombre racional autointeresado; pero ello no quiere decir que no deba concebirlo *también* así. A mi modo de ver, tal comprensión del ciudadano no es sólo fruto de una visión superada de la psicología humana, como afirman sus detractores, sino que la atención a esos requisitos: racional y autointeresado, tiene asimismo su razón de ser en una exigencia ético-política de respeto a la persona. Posteriormente incidiremos en esta cuestión. Por el momento, basta con anotar los motivos que justifican dicha afirmación. Primero, el Estado *debe* tratar al ciudadano como ser *racional* porque la relación entre el Poder y sus representantes debe estar basada en criterios racionalizables, comprensibles y, por ello, susceptibles de ser sometidos a discusión y crítica. Así, frente a concepciones basadas en la creación de procesos inconscientes e irracionales de conformación de las actitudes y emociones, como lo es la ya criticada prevención de integración, y como lo es también la prevención de intimidación psicoanalítica –la cual, por tanto, se hace merecedora de idénticas críticas–, el tratamiento de la persona como un ser racional, propia del liberalismo ilustrado, al establecer las relaciones

(345) HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 82: «La prevención de intimidación ni describe ni legitima el orden valorativo social, sino que lo presupone... es, en este sentido, una concepción *formal*, ya que excluye la cuestión de respecto a qué se intimida»; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 277.

de autoridad y obediencia bajo criterios manifiestos –frente a los latentes–, comprensibles y externos, es condición, de hecho, del respeto a la dignidad del individuo. Y, segundo, el Estado *debe* tratar al ciudadano como ser *autointeresado* porque en la propia concepción del Estado liberal y democrático se halla dicha comprensión del hombre, ya que aquél, a diferencia de las concepciones sustancialistas y etizantes del mismo, no es otra cosa que un instrumento, un artificio creado por y para satisfacer y proteger los intereses individuales (346). Como algún autor ha afirmado, sólo la predominancia del individualismo –frente al organicismo– permite la justificación del principialismo, es decir, una fundamentación deontológica de las garantías individuales opuestas a la inercia de satisfacción de los intereses de la colectividad, propia del ejercicio del *ius puniendi* (347). Falta por mencionar, en cualquier caso, un tercer atributo propio de la noción de persona que estamos tratando, el cual se deriva asimismo de otra connotación de dicho autointerés: *egoísmo* (348). Dicho atributo puede no concebirse como una categoría normativa, es decir, como algo positivamente valorado. Por el contrario, la atención al mismo pertenece a la argumentación de lo fáctico (349): el Derecho penal

(346) Cfr., por todos, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 881 y ss.; RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, pp. 40 y ss., sobre las diversas formas de legitimación del Estado. Vid. también CORTINA, *Ética sin moral*, p. 267: «La democracia es una forma de organización social superior a otras, porque tiene en su base, no exclusivamente la concepción de un *homo oeconomicus*, sino la de un hombre, que *es también económico*, pero fundamentalmente autolegislador.» (Cursivas en el original.)

(347) SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal*, p. 20.

(348) El egoísmo puede definirse, siguiendo a G. E. Moore, como «la doctrina que sostiene que cada uno de nosotros debe perseguir como fin último la mayor felicidad posible para sí mismo» (citado por GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 67).

(349) En todo caso, la noción del egoísmo como algo no valorado positivamente viene dada sólo en tanto en cuanto el egoísta, para satisfacer sus intereses, se sirva del ámbito de intereses de los demás; es decir, la noción de egoísta en Derecho penal, como quien vulnera las normas con el fin de obtener un beneficio del ámbito de libertad sustraído a un tercero; no necesariamente, en cambio, tomado en sí como atributo inherente a la persona. Como afirma GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 68, sólo «cuando se coloca al egoísta –que en solitario supera la prueba de la racionalidad– junto a otros egoístas, en una interacción en la que cada cual trata de maximizar su propia felicidad, entonces se presentan fundadas razones para cuestionar la racionalidad del egoísmo». Sobre la noción de «hombre económico» como modelo de actuación en el ámbito de la sociología jurídica, cfr. BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 46 y ss.; sobre ese modelo de decisión racional en el ámbito de la economía, del que proviene, puede verse, SEN, *Sobre ética y economía*, pp. 34 y ss.; y en general, sobre las distintas acepciones del egoísmo, vid. BAIER, *El egoísmo*, pp. 281 y ss.

debe contar con el hecho de que los ciudadanos (o algunos de ellos) actúan según pautas egoístas. Y hemos afirmado que el Derecho penal está abocado a hallar un equilibrio entre la normatividad y la facticidad (350). Si bien es cierto que, parafraseando a Kant, el orden social no podría existir en una sociedad de demonios (351), tampoco en una sociedad de ángeles tendría razón de ser el Derecho penal para mantener ese orden social. Por ello, dada la innegable realidad de que los hombres no siempre actúan desinteresadamente, de que movidos por su egoísmo tenderán a lesionar los intereses de los demás, que es lo que justifica la necesidad del Derecho penal, éste *debe* (esta vez en el sentido de: no tiene más remedio que) tratar a los individuos, *hasta cierto punto*, como egoístas: como potenciales delincuentes, y como egoístas racionales, que organizan su conducta de acuerdo a pautas de perjuicios y satisfacciones –y ello porque, siendo preciso entonces un fin disuasorio de conductas, es este tratamiento más respetuoso de la dignidad personal que la concepción del hombre como «ser pulsional»–, por lo que habrán de oponerse contramotivaciones externas frente a ese tipo de personas. En este sentido, el Derecho penal *debe* (comprendido, esta vez, como imposición normativa) oponer ciertas barreras contramotivatorias a dicha clase de individuos, para proteger a los propios individuos de lesiones a sus intereses. Además, para los mismos ciudadanos respetuosos del Derecho, condición de dicho respeto será que los demás acaten, a su vez, las normas. Respecto a los fines de la pena ello significa que la prevención de intimidación, en su versión racionalista, única legítima, si bien no puede ser el único fin legítimo de la sanción penal, no puede tampoco desaparecer del todo del *telos* que justifica la misma.

(350) En un sentido similar, y referido también a la imagen del hombre en el Derecho penal, afirma TORÍO, RFDUC 11 (1983), p. 669, que para el Derecho penal «la imagen del hombre ha de nutrirse de las ciencias empíricas y los presupuestos del Estado social de Derecho».

(351) Sobre ello, cfr. GÜNTHER, «Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimiert sein?», en *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), pp. 233 y ss. (Citado por HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 157-158, nota 20.)

II. BASES DE UNA TEORÍA LIBERAL DEL DERECHO PENAL

1. Liberalismo vs. Comunitarismo

A. INTRODUCCIÓN

La dirección tomada al inicio de «estas páginas» se orientó en torno al planteamiento de dos modelos de Derecho penal: *protección de bienes jurídicos* frente a *protección del ordenamiento*. Sin embargo, una vez introducidos en las diversas teorías de la pena, la discusión parece haber tomado una nueva dirección, centrada en la discusión entre dos concepciones políticas opuestas, que hemos denominado con los términos de *comunitarismo* y *liberalismo*. Los motivos de tal cambio de perspectiva fueron mencionados en la introducción, no obstante lo cual conviene incidir en los mismos, por cuanto la diferencia puede aparecer ahora más clara. Como se dijo, mientras el primer par de conceptos, si bien sostenidos en dos comprensiones diversas de la labor material del Derecho penal, pretenden remitir a una opción esencialmente *estructural* e interna a consideraciones dogmáticas propias de la teoría jurídica del delito, relativa a la cuestión de cómo son organizados los medios de que el Derecho penal se sirve para realizar su labor y las consecuencias sistemáticas de esa opción, la discusión en torno a los factores del segundo binomio refleja una opción teórico-política atinente a la *fundamentación* del Derecho penal y de esos medios empleados y, por tanto, externa o previa al ámbito de la estructuración del sistema del delito. En todo caso, es indudable que, en una metodología teleológica, las decisiones sobre la fundamentación repercutirán en las decisiones sistemáticas y, sobre todo, materiales, pero ello, si bien ambos binomios guardan cierta relación, como luego veremos, no implica que tenga que darse una correspondencia estricta entre el comunitarismo y el modelo de la protección del ordenamiento, por un lado, y el liberalismo y la protección de bienes jurídicos, por otro. Por poner un solo ejemplo, la concepción de Jakobs parte, al menos como aquí se entiende, de presupuestos liberales, y es, sin embargo, el mayor representante actual del modelo de la protección del ordenamiento.

Consecuentemente, para tomar una postura personal respecto a la fundamentación y el fin del Derecho penal parece preciso optar, ya que ese ha sido el hilo conductor de la anterior exposición, por una de las alternativas: liberalismo o comunitarismo. Dicho debate,

si bien, como hemos visto, tiene su origen en ilustres y lejanos antecedentes, los cuales han marcado dos líneas de pensamiento político y moral que han concurrido constantes y paralelas a lo largo de la evolución teórica de dichos ámbitos, ha resurgido con nuevos bríos en el actual foro de discusión, adquiriendo notable profundización y complejidad (352). Dado este hecho, un tratamiento en profundidad de los diferentes puntos de la discusión excedería el marco de este trabajo. En cualquier caso, sus líneas esenciales son las que han sido ya expuestas con ocasión de la exposición de los fines de la pena (353); por ello, a continuación daré prioridad expositiva a los aspectos esenciales de la alternativa liberal, opción, como el propio título del epígrafe sugiere, elegida aquí para fundar la legitimidad del Derecho penal, y sólo al hilo de la misma serán resaltadas algunas *reacciones* comunitaristas a la misma. A la luz de los presupuestos políticos del liberalismo se establecerá, a continuación, la crítica a las teorías de la pena antes expuestas, y desde los mismos se intentará dar una visión de conjunto de los fines que debe perseguir el Derecho penal actual.

(352) El inicio del actual «debate entre comunitaristas y liberales» tiene su origen en la reacción de un buen número de pensadores (Sandel, Taylor, MacIntyre, Walzer, Unger, o Etzioni, entre otros) ante la publicación, en 1971, de la obra de John Rawls *Teoría de la justicia*, crítica que retoma en sus casi exactos términos la reacción hegeliana, de cuyos presupuestos se sirven los comunitaristas, al sistema de razón práctica procedimental y universalista kantiano, en el que se apoya la construcción de Rawls del contrato social. Sobre el origen de gran parte del actual debate entre comunitarismo y liberalismo, tanto en su vertiente epistémica como política, *vid.*, por ejemplo, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 19 y ss., 36 y ss, 177 y ss. y *passim*; CORTINA, *Ética sin moral*, p. 119. Sobre este debate, en su vertiente actual, puede cfr., entre otros muchos y citando sólo libros monográficos, además de las obras acabadas de citar, THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*; la obra colectiva *Komunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen modernen Gesellschaften*, editada por Honneth; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*. Otras obras relacionadas serán citadas en las notas inmediatamente posteriores.

(353) Conviene resaltar que dicho debate no ha sido objeto de demasiada atención dentro de la literatura jurídico-penal actual. Por lo que acierto a ver, tan sólo JAKOBS, ZStW 107 (1995), p. 850; KINDHÄUSER, ZStW 107 (1995), p. 709; WITTIG, ZStW 107 (1995), pp. 251 y ss. (uno de los escasos intentos de aproximación a la teoría de Rawls desde la óptica del Derecho penal) y, más recientemente, MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 229 y ss. han hecho mención tangencial de él. Respecto a la relación entre el Derecho penal y dicho debate, merece citarse la premonición de Kindhäuser de que «será sólo cuestión de tiempo el que una aplicación de sus formulaciones entre en el Derecho penal». (Ibid).

B. LIBERALISMO POLÍTICO FRENTE A COMUNITARISMO

a) *La concepción liberal. Autonomía privada y autonomía pública. El contrato social*

Puede afirmarse, de modo general, que el *liberalismo político* se conforma, como su propio nombre viene a indicar, en torno a una premisa esencial: la libertad individual. Libertad que ha de ser entendida en dos sentidos: por un lado, como «libertad negativa»; por otro, como «libertad positiva» (354).

La libertad *negativa*, según la noción acuñada por Berlin, responde a la cuestión de «cuál es el ámbito en que al sujeto se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas» (355). Según el liberalismo, todo individuo, en cuanto persona, posee un marco propio de libertad sobre el cual ni terceras personas ni el Estado pueden interferir, marco que termina donde comienza el marco de libertad de terceras personas. En consecuencia, el único motivo justificado por el que el Estado puede restringir la libertad es para proteger la libertad de los demás. El criterio rector para la criminalización de conductas responde, entonces, al clásico principio del daño a los intereses de los demás (*harm to others*) (356). De esa libertad negativa surge la *prioridad de los derechos individuales* sobre cualquier pretensión colectiva de bien común y sobre cualquier decisión por mayoría (357); así como el principio de respeto a la *autonomía privada* del individuo. En este sentido, el conjunto de derechos individuales mutuamente

(354) Cfr., sobre estos dos términos, BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, pp. 187 y ss. Nociones similares son las de autonomía privada y autonomía pública, empleadas, entre otros, por RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, pp. 55 y ss.; HABERMAS, *Reconciliación*, pp. 64 y 65.

(355) BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, p. 191.

(356) Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, p. 68: «Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente»; VON HUMBOLDT, *Los límites*, p. 21: «Es reprochable todo intento del Estado para inmiscuirse en los asuntos privados de los ciudadanos, siempre que éstos no se reflejan directamente a la lesión de los derechos de uno por el otro». Cfr. asimismo, NINO, *Introducción*, p. 420, vinculando ese principio a la idea de neutralidad estatal, que veremos más adelante.

(357) Por ejemplo, RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 19-20; el mismo, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 65; el mismo, *Consenso por superposición*, p. 78; LARMORE, *Politischer Liberalismus*, pp. 131-132; NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 35 y 261; TAYLOR, *Atomismo*, p. 107; THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, pp. 39-40.

reconocidos opera como un límite irrebalsable a la actuación de los demás y del Estado y, a su vez, establece los márgenes a que la actuación de cada uno debe orientarse (358). Y el principio de autonomía privada o moral garantiza al individuo la libertad necesaria para perseguir sus propios fines y para desarrollar sus proyectos de vida moral sin intromisión ni imposición exterior, así como para disentir libremente de la moral dominante (359). Así, el liberalismo político asume el respeto a la orientación moral y a los planes de vida de cada individuo, e impone, por ello, a los poderes públicos una exigencia de *neutralidad* respecto de las convicciones morales y religiosas de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, el Estado no está legitimado para intervenir en la conformación de las convicciones morales de sus súbditos, fomentando una moral o una religión determinada, o imponiendo a todos los individuos las valoraciones morales de una mayoría (360).

Con la preeminencia valorativa absoluta de la libertad negativa, de los intereses del individuo frente a los de la colectividad, el liberalismo político plasma las dos aspiraciones esenciales que originaron su existencia y desarrollo en la época de la Ilustración (361). Por un lado, las guerras religiosas que arrasaron Europa tras la Reforma llevaron al convencimiento de que los individuos poseen convicciones morales y religiosas diferentes e irreconciliables, y que, por tanto, la convivencia pacífica sólo podría darse a partir de un principio de *tolerancia* que posibilitara y compatibilizara el establecimiento de un marco *mínimo* de entendimiento (362) basado en ciertas normas esenciales dirigidas a la exclusiva protección de los intereses indivi-

(358) HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 147: «Fijan los límites dentro de los que un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad»; NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 261.

(359) En palabras de S. MILL, *Sobre la libertad*, pp. 71-72, es la «libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada».

(360) Sobre la idea de la neutralidad en el liberalismo político, puede cfr., entre otros, NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 204-205; LARMORE, *Politischer Liberalismus*, p. 133; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 56 y ss.; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, pp. 57, 61-62, 262 y *passim*.

(361) Sobre lo siguiente, cfr. LARMORE, *Politischer Liberalismus*, pp. 131 y ss. También HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 535 y ss.

(362) El carácter de regulación mínima del liberalismo político es resaltada por LARMORE, *Politischer Liberalismus*, p. 133; WOLF, *Verhütung oder Vegeltung?*, p. 36; HINSCH, *Einleitung*, p. 29.

duales —que serían, por ello, susceptibles de ser acordadas voluntariamente por todos—, junto con el respeto al *pluralismo* de opiniones y convicciones sobre creencias particulares sobre lo bueno y la virtud moral. Ello, en el ámbito de lo jurídico, llevaría a una estricta separación entre el Derecho y la moral, desvinculando, de una parte, de la agenda de trabajo del Legislador lo que son las posiciones particulares respecto de la moral y exigiendo, de otra, una protección de la libertad de conciencia por parte de los poderes públicos. Por otro lado, como segunda aspiración fundamental del primer liberalismo, los desmanes del poder absoluto y la ilimitada coacción estatal fueron elevando al primer rango de prioridades políticas la exigencia de someter a ciertos márgenes de actuación a la potestad del soberano, imponiéndole el respeto de una serie de *garantías* individuales que el Leviatán no podía vulnerar sin infringir las condiciones del pacto y, por ello, sin deslegitimarse a sí mismo (363). En este sentido, los derechos individuales han de entenderse no sólo como restricciones frente a otros individuos, sino que su carácter inalienable configura también un *derecho de defensa* frente a las intervenciones ilegítimas del Estado (364). Como afirma Habermas, «el liberalismo político o de Estado de Derecho parte de la intuición de que el individuo y su forma de vida individual tienen que ser protegidos frente a las intrusiones del poder del Estado» (365).

El segundo pilar del liberalismo político es la otra vertiente citada de la libertad individual: la libertad positiva. Si la libertad negativa viene referida a lo que es el ámbito que ha de tener el control externo sobre la libertad del individuo, la libertad positiva se entiende dirigida hacia el origen de ese control, hacia la pregunta de «por quién estoy gobernado» o «quién tiene que decir lo que yo tengo y lo que no tengo que ser o hacer» (366). Respecto de dicha cuestión, en el

(363) Cfr. BECCARIA, *De los delitos y las penas*, p. 45.

(364) Así, HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 142 y 323, citando a Böckenförde: «En esos derechos fundamentales interpretados como derechos de defensa, no es la libertad del uno la que es tenida por compatible con la del otro en general conforme a una ley general de la libertad, sino la libertad del ciudadano individual con la del Estado». En idéntico sentido, ya Bentham estimaba que «la libertad personal es la seguridad contra cierto tipo de injerencias contra la persona. Y la llamada libertad política es otra rama de la seguridad, la seguridad contra la injusticia de los detentadores del poder público» (citado por MORESO, *La teoría del Derecho en Bentham*, p. 327). Vid. también ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 21, quien habla de un derecho de defensa frente al poder estatal exigido desde el principio de culpabilidad e inferido desde el principio de la dignidad humana.

(365) HABERMAS, «Razonable» versus «Verdadero», p. 179.

(366) Cfr. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, p. 200.

liberalismo político la libertad positiva encarna la idea de que en una sociedad liberal el individuo es *políticamente autónomo*, es decir, que es el propio individuo quien ha de establecer las leyes a que va a someterse. Dicho *principio democrático* forma parte sustancial, por tanto, del acervo del liberalismo. Ello ha de tener notables consecuencias respecto de la legitimación del Derecho en un Estado democrático, el cual no puede sino partir de «un legislador político por el que la legitimidad de la legislación se explique mediante un procedimiento democrático que asegure la autonomía política de los ciudadanos. Los ciudadanos son políticamente autónomos, así, sólo cuando pueden entenderse a sí mismos conjuntamente como autores de aquellas leyes a las que se someten como destinatarios» (367).

Ambas libertades están intrínsecamente relacionadas. Así, la exigencia de neutralidad estatal, motivada por el respeto a la autonomía privada, implica que, dada la renuncia expresa a la fundamentación y legitimación apriorística del Estado y sus normas y principios basada en instancias supraindividuales, religiosas o metafísicas, ha de establecerse un criterio de legitimación basado en la razón individual y que, por ello, responda a los intereses de los individuos, únicos sujetos del Derecho en una sociedad laica y liberal (368). Los principios de justicia se establecerán, así, *intersubjetivamente*, bajo un criterio *procedimental*, el cual, en aras de satisfacer los intereses de todos los afectados, habrá de responder a las exigencias de *imparcialidad*, *reciprocidad* y *generalidad* (369). Y, por otra parte, es precisamente la autonomía política, la exigencia de un procedimiento imparcial de consenso basado en la razón práctica, lo que permite fundamentar deontológicamente el principio de respeto a la autonomía privada y los derechos individuales. En cualquier caso, si es la autonomía pública lo que sanciona el respeto a esos principios, convirtiéndolos en derechos (370), la autonomía moral viene implícita, a su vez, como condición para dicho procedimiento imparcial. Así, las exigencias de reciprocidad e imparcialidad sólo podrán darse bajo el substrato del previo *reconocimiento* entre los sujetos intervinientes en el

(367) HABERMAS, *Reconciliación*, p. 69.

(368) Cfr. SUÁREZ VILLEGAS, *¿Hay obligación moral...?*, p. 20: «Con ello, el peso de la autoridad se va a desplazar de lo “objetivo” a lo “intersubjetivo”».

(369) En este sentido, por todos, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 57 y ss., pp. 69 y 78 y ss., quien extrae esa exigencia de un procedimiento justo del principio de neutralidad.

(370) HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 159: «Los derechos del hombre fundados en la autonomía moral del individuo sólo cobran forma positiva mediante la autonomía política de los ciudadanos.»

pacto de igual capacidad de razón práctica y del mutuo respeto a su autonomía moral, así como al compromiso de orientar la decisión en el diálogo y no en la imposición por la fuerza (371). En suma, en un liberalismo democrático, como es el actual, la autonomía privada y la pública operan en un mismo nivel de relevancia, implicándose mutuamente. Y como figura paradigmática de esa interacción entre ambas formas de libertad, la negativa y la positiva, aparece el *contrato social* (372), desarrollado en la actualidad, entre otros, por la teoría de la justicia de John Rawls.

El contrato social no debe entenderse, como alguna vez se hizo, como un momento histórico por el que, saliendo de un estado de naturaleza, se conforma, accediendo a otorgar por cada individuo una parte de su libertad, la sociedad y el Estado (373). Por el contrario, dicha figura ha de concebirse como un *criterio de legitimación de instituciones públicas*, consistente en un procedimiento de decisión imparcial bajo el que puede fundamentarse racionalmente que todos los intervinientes consentirían, bajo un acuerdo hipotético, en una serie de principios de justicia, bajo los cuales habrán de regirse los poderes públicos (374).

(371) Similar, NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 50; CORTINA, *Ética sin moral*, p. 270, quien basándose en gran medida en la ética comunicativa de Apel, resalta que el carácter autolegislador de los individuos implica ya una «actitud dialógica», la cual vendría dada en «cuantos reconocen en los demás individuos –como en ellos mismos– una capacidad legisladora, de modo que les consideran –como a sí mismos– interlocutores facultados a la hora de dialogar sobre las decisiones que les afectan y de tomar parte en ellas». A esas premisas responde también el principio de legitimación de Habermas. Cfr. HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 154 y ss., y *passim*. Asimismo, cfr. LAPORTA, *Entre el Derecho y la moral*, pp. 81-82; THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, pp. 90-91 y 114 y ss. quienes resaltan el elemento del reconocimiento mutuo. En ello se incidirá posteriormente.

(372) El carácter cooriginario y recíproco de ambas formas de libertad en el contrato social es resaltado por NAGEL, *Conflicto moral*, p. 91; DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 274; THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, p. 153-154; RAWLS, *Replica a Habermas*, p. 120. Cfr. asimismo, HASSEMER, *Theorie*, p. 31, quien resalta que en el contrato social se realiza políticamente la autonomía de los individuos.

(373) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 29.

(374) A diferencia de autores clásicos como Locke, Kant o Rousseau, Rawls no se sirve del contrato social para fundar el Estado, sino para establecer determinados principios de justicia, los cuales, en cualquier caso, servirán para la legitimación de las instituciones públicas básicas. Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 28 y 75. Sobre dicha concepción y aplicación de la figura del contrato social, cfr. NINO, *Introducción*, pp. 409-410; KOLLER, Weinberger-FS, pp. 241 y 243 y ss.; RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 43; criterio de legitimación de instituciones; GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, pp. 162-163.

El contrato social representa fielmente los presupuestos del liberalismo, por cuanto es un procedimiento de naturaleza *intersubjetiva* basado en la *autonomía* de cada individuo y que responde y satisface, por tanto, sus intereses esenciales: «Un contrato que cada individuo autónomo concluye con todos los demás individuos autónomos sólo puede tener por contenido algo que todos pueden racionalmente querer por ser interés de todos y cada uno. Por esta vía sólo resultan aceptables aquellas regulaciones que pueden contar con el asentimiento no forzado de todos» (375). Por ello, y por cuanto esa figura puede entenderse como «una gran metáfora de la democracia» (376), la exigencia de razonabilidad y justicia impresa en el contrato social puede servir como adecuado instrumento de legitimación y crítica del Derecho penal actual (377).

Como se ha mencionado, con Rawls se produce el renacimiento del neocontractualismo ético y político. El filósofo norteamericano idea un sofisticado procedimiento de decisión intersubjetiva con el cual establecer los criterios de justicia, destinados a regular la estructura básica de la sociedad (378), y a los que han de someterse

(375) HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 578.

(376) FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 883; en el mismo sentido, NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 387; THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, p. 126, quien define la democracia precisamente como «forma política del uso público de la razón por parte de todos».

(377) Como, por ejemplo, afirma GARCÍA AMADO, AFD 1986, p. 174, «Si el fundamento del Derecho se sitúa en el reconocimiento y en el sometimiento libre al mismo por parte de hombres libres hay que concebir que toda norma general, del tipo que sea, ha de poder contar con el hipotético consenso de todos los sujetos». En sentido similar, KOLLER, Weinberger-FS, p. 245; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 253; HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 172, quien modela su «principio del discurso» en relación a la legitimación de las normas jurídicas de la siguiente forma: «Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales». Algunos autores se han servido, más o menos explícitamente, del modelo de legitimación del contrato social para fundamentar el *ius puniendi*; *vid.*, por ejemplo, HOERSTER, Weinberger-FS, pp. 233 y ss.; BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 109 y ss.; WITTIG, ZStW 107 (1995), pp. 251 ss., quien intenta extraer la concepción de la pena y el Derecho penal de la teoría de Rawls. Por su parte, GÜNTHER, *Möglichkeit einer diskursethischen Begründung des Rechts*, pp. 205 y ss. emplea la ética discursiva de Habermas para fundamentar el Derecho penal, la cual responde a similares presupuestos que los del contrato social.

(378) *Vid.* RAWLS, *Consenso por superposición*, p. 65: «Llamo “estructura básica” a las principales instituciones políticas, sociales y económicas de una sociedad y a la forma en que se ajustan formando un esquema unificado de cooperación social.»

las instituciones políticas de las sociedades actuales para ser legítimas (379). Según la concepción de la justicia de Rawls, denominada «justicia como imparcialidad», los principios de la justicia serían los que elegirían personas autónomas y racionales, orientadas hacia su propio interés, en un consenso hipotético realizado en una situación de igualdad (380). Para establecer esa situación, Rawls recurre a una imagen ficticia llamada «posición original», en la que ubica a los sujetos que intervienen en el pacto. En ella, los participantes están situados tras un «velo de ignorancia», con el que se limitan los conocimientos de determinados aspectos de la realidad: la posición o estatus social que ocupan, su inteligencia o fortaleza, y demás circunstancias que establecen ventajas y desventajas entre los sujetos. Además, tampoco conocen cuál es su particular concepción de lo bueno, es decir, sus creencias particulares respecto al modo de orientar moralmente sus vidas (381). Como elementos de decisión, las partes sólo conocen las bases esenciales de la organización social y de la psicología humana, las «circunstancias de la justicia» —es decir, circunstancias que hacen de la cooperación social algo tanto posible como necesario: escasez de bienes, presencia de conflictos, etc.— (382), así como, por último, la necesidad de una serie de bienes básicos para el desarrollo social y personal (383). Esa ignorancia de las partes no es caprichosa, sino que persigue establecer el marco de igualdad necesario para que la decisión de las partes responda a la exigencia de imparcialidad e igualdad en la decisión, de forma que todos puedan elegir partiendo de las mismas oportunidades y ninguno se sirva de sus ventajas naturales o sociales para

(379) La concepción rawlsiana ha sido objeto de notables modificaciones, motivadas a su vez por continuas objeciones críticas, a lo largo de su evolución desde que en 1971 publicara su *Teoría de la justicia*; modificaciones y críticas que no pueden exponerse aquí. Si conviene, en cualquier caso, resaltar que su teoría parecía ser concebida en un origen como un modelo omnicompreensivo de enjuiciamiento ético de las acciones, como una teoría «ética», para limitarse posteriormente, y tal como es presentada por el autor en la actualidad, al establecimiento de principios de legitimación exclusivamente políticos respecto de las instituciones públicas esenciales, comprensión que será asumida aquí. Sobre tal modificación puede verse, RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness. Politisch und nicht metaphysisch*, pp. 36 y ss.; el mismo, *Consenso por superposición*, pp. 65 y ss.; así como MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, pp. 229 y ss.

(380) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 28.

(381) RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 29 y 165-166.

(382) RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 152 y 164.

(383) RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 169-170. Estos bienes básicos son: libertad, oportunidades, renta, poder y autorrespeto.

influenciar la decisión (384). Así, la ignorancia respecto de la posición social y los talentos naturales viene dada por la idea de igual consideración y respeto mutuamente reconocido entre las partes, así como por el presupuesto de la cooperación social en el que se enmarca todo el procedimiento de decisión intersubjetivo (385); y el desconocimiento respecto de las concepciones del bien pretende representar el principio de autonomía moral y de neutralidad, según el que las partes, dado que están decidiendo sobre criterios de actuación públicos y políticos, intersubjetivos y no subjetivos, no elegirán a partir de opuestas e irreconciliables creencias morales y concepciones del mundo, sino que realizarán su elección a partir de un mismo criterio de racionalidad y, por tanto, sobre principios por todos compartibles (386).

Es relevante resaltar el concepto de persona que emplea Rawls. El liberalismo, como teoría basada en un individualismo normativo (387), apoya gran parte de sus consideraciones en una determinada noción de persona, caracterizada, en términos generales, por la autonomía, por una capacidad racional y reflexiva respecto a lo que le rodea, y por una orientación hacia el propio interés en sus acciones. Según la concepción rawlsiana, los sujetos que participan en el acuerdo se atribuyen mutuamente dos capacidades esenciales: lo *racional*, entendido como la capacidad de desarrollar, revisar y perseguir racionalmente su concepción sobre el bien, es decir, sobre las creencias y convicciones adquiridas; y lo *razonable*, entendido como

(384) RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 37 y 164. Vid. asimismo, RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, pp. 157-159; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 33.

(385) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 164. Así también DWORKIN, *Los derechos en serio*, pp. 272-273.

(386) MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, pp. 34-35: «En el sistema rawlsiano lo que de verdad es importante no son las concepciones del bien que tienen las personas, sino lo que está detrás de ellas, es decir, su libertad para escoger sus propias concepciones del bien». En igual sentido, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 43.

(387) Así, NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 248 quien lo define como la «concepción según la cual los únicos titulares de intereses cuya satisfacción constituye una justificación *prima facie* de una acción o medida y cuya frustración constituye... una descalificación *prima facie* de una acción o medida son los *individuos humanos*», y lo distingue de otras posibles concepciones del término, entre ellas la que puede denominarse *atomismo* o individualismo metodológico, la cual ha sido en ocasiones críticamente atribuida al liberalismo político por los comunitaristas y sobre la que luego volveré. A la noción de «individualismo normativo» se refiere también GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 162, vinculándolo al contractualismo político.

la capacidad de reconocer y mantener términos equitativos de cooperación social y, por tanto, de comprometerse para el futuro respecto a lo decidido (388). El primer atributo expresa la reflexividad propia de sujetos autónomos y emancipados, capaces de someter a crítica los valores adquiridos en su desarrollo moral en sociedad; el segundo expresa la tendencia a la cooperación propia de quienes acceden a someter el conflicto de intereses inherente a la convivencia a la sanción de un acuerdo vinculante, condición que asegura la integridad del acuerdo tomado y confirma «que las partes pueden *confiar* mutuamente en que se entenderán y actuarán conforme a los principios que finalmente hayan convenido. Una vez que los principios son reconocidos por las partes pueden confiar en que todos se ajustarán a ellos», afirma Rawls (389). Es interesante destacar, por lo que luego se dirá respecto de las formas de motivación respecto al acatamiento de las normas, que ambas capacidades se implican mutuamente: lo razonable es condición para el mantenimiento posterior de las condiciones pactadas, y, por tanto, para la satisfacción de los intereses individuales, pero sin lo racional tampoco el pacto será susceptible de estabilidad, puesto que condición para ello será que dicho pacto responda a lo racional, es decir, que satisfaga los intereses de las partes (390).

Rawls concluye por afirmar que un acuerdo sujeto a esas características abocaría al establecimiento de dos principios de justicia (391):

(388) Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 37 y 172; RAWLS, *Sobre las libertades*, pp. 49 y ss.

(389) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 172. (Cursivas añadidas.)

(390) RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 46. En similar sentido, RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, p. 203. También en este punto se han producido variaciones en la teoría rawlsiana. Así, mientras en su *Teoría de la justicia* parecía dar prioridad a lo racional, acercando su modelo al de la elección racional económica (*vid.* p. 31), en obras posteriores ha venido resaltando el aspecto de lo *razonable*, como capacidad de tener un sentido de la justicia y de tender voluntariamente a la cooperación, siempre condicionada, en cualquier caso, y como se pone de relevancia en el texto, a la satisfacción de los intereses individuales por medio de esa cooperación. *Vid.*, sobre este cambio de orientación, por ejemplo, RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 52 y nota 20.

(391) Conviene, si bien incidentalmente, resaltar que dichos principios, en rigor, no se *derivan* deductivamente del acuerdo tomado en la posición original; esta figura es, más bien, una ficción cognitiva con la que se pretenden representar ciertas intuiciones morales y políticas propias de una sociedad democrática liberal, por lo que los principios de justicia se presentan como la consecuencia racional a que la reconstrucción ideal de dicho modelo político llevaría. El contrato social, por tanto, no «funda» esos principios sino que representa un constructo de decisión racional

1. *Libertad*: Toda persona tiene igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales, que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos.

2. *Igualdad*: Las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condiciones. Primero, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en las condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades; y, segundo, deben procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (392).

Ambos principios están, además, ordenados en un orden lexicográfico, lo que significa que el primero posee prioridad absoluta sobre el segundo, en el sentido de que no pueden violarse libertades individuales con el fin de satisfacer ventajas económicas y sociales. Por el contrario, «la prioridad de la libertad puede ser solamente restringida en favor de la libertad en sí misma» (393).

Siguiendo la idea clásica del liberalismo, el Estado y la misma sociedad son entendidos por Rawls no como fines o *prius* normativos, sino como bienes sociales de carácter instrumental, legítimos según resulten justos para los individuos, en el sentido de los dos principios de justicia citados. La sociedad es definida como una «empresa cooperativa justa entre ciudadanos libres e iguales para el beneficio mutuo» (394). Y, según afirma, una sociedad establemente organizada de acuerdo a los dos principios de justicia, tenderá a la autorreproducción y continuidad de dicha estabilidad relativa, en la medida en que los intereses de los sujetos –vida económica y socialmente digna, respeto a la autonomía moral y fomento de la autonomía política, etc.– se verán relativamente satisfechos y que, por ello, se generará y asentará un compromiso voluntario y generalizado a la cooperación, de forma que las acciones que vulneren las «reglas del juego» (delitos, por ejemplo) podrán ser asumidas sin necesidad de

que da plausibilidad epistémica y fuerza legitimatoria a los mismos. En este sentido, MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 37; RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, pp. 229-230: «El fin de la posición original es someter nuestros juicios morales a la prueba de la intersubjetividad»; DWORKIN, *Los derechos en serio*, pp. 257-258, quien resalta que Rawls «defiende los dos principios a través del contrato, más bien que a partir del contrato».

(392) Se citan según la modificación de los mismos realizada por RAWLS, *Sobre las libertades*, p. 33, respecto de su formulación original en *Teoría de la justicia*, pp. 82 y 598 y ss.

(393) Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 280.

(394) RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 43.

medios coactivos demasiado gravosos y sin peligro para la estabilidad del conjunto social (395).

b) *El concepto de persona*

aa) Sujeto vinculado vs. sujeto reflexivo. Concepto normativo de persona

La corriente que puede denominarse comunitarismo ha resurgido en los últimos años como una *reacción* a las tendencias liberales, en especial al neocontractualismo rawlsiano (396). Sus críticas se dirigen tanto a aspectos normativos como metaéticos, sobre argumentos tanto epistemológicos o sociológicos como políticos, y dentro de las mismas pueden encontrarse posturas más y menos extremas, desde un comunitarismo fuerte y reaccionario —«sustancialista»—, heredero de presupuestos aristotélicos y hegelianos, hasta un «republicanismo cívico», seguidor de la estela de Rousseau o Toqueville, que, sin renunciar a algunos de los presupuestos liberales, acentúa la necesidad de los vínculos comunitarios a través de la participación democrática (397). En todo caso, en estas páginas no podremos dedicar una atención detallada a todas las ramificaciones y variaciones de la compleja evolución de esta línea de pensamiento político; por el contrario, habremos de limitarnos a presentar algunas de las objeciones —normalmente presentes, con mayor o menor virulencia, en ambos modelos de comunitarismo— que se han lanzado contra el liberalismo político, centrándonos en las de carácter ético-político.

(395) Sobre el complejo problema de la estabilidad cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 548 y ss.; 306-307. Vid. también BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 229 y ss. Sobre ello habré de volver con posterioridad.

(396) Merece ya en este lugar destacarse el componente de *reacción* que caracteriza el surgimiento del nuevo comunitarismo, por cuanto es dicha tendencia la que marcará sus líneas básicas de pensamiento: en un plano teórico porque surge frente a la reformulación del liberalismo político rawlsiano; en un plano epistemológico, porque niega o relativiza la capacidad racional y crítica de los individuos; en un plano histórico, porque sus planteamientos responden, en muchas ocasiones, a talantes premodernos, anteriores al proyecto normativo ilustrado; en un plano político, por cuanto, frente al progresismo pluralista de la Ilustración, supone, en general, una postura conservadora y, por tanto, *reaccionaria*.

(397) La distinción del texto procede de S. Benhabib. Sobre las diferencias entre ambos, cfr. FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 161 y ss.; GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 38. En la exposición siguiente nos centraremos en la primera de las corrientes doctrinales. Ello nos permitirá acentuar las diferencias con respecto a la alternativa liberal.

Entre ellas merece destacarse la relativa a la discusión en torno al concepto de *persona*. Desde las filas del comunitarismo se afirma que el individualismo en el que se apoya la postura liberal presenta una noción asocial y atomística del sujeto, separado de los vínculos sociales y valorativos en los que desde su nacimiento está inmerso. Asumiendo entonces un punto de vista radicalmente contextualista, se rechaza ese «yo sin atributos» y se opone un sujeto moral plenamente arraigado en su entorno social, cuya identidad y horizonte valorativo y afectivo se conforma a partir del conjunto de convicciones y tradiciones que rigen de facto en una comunidad determinada. Frente a la premisa de la razón reflexiva del liberalismo, los sujetos no eligen voluntariamente sus fines, sus concepciones respecto a cómo ha de orientarse su vida moral, sino que éstos son interiorizados por el sujeto. La persona no es anterior a sus fines, sino que son los fines morales los que conforman a la persona, los que la constituyen valorativamente (398). En suma, no es la voluntad de los individuos la que constituye la sociedad, sino que es la comunidad la que otorga la identidad a los individuos, así como el camino que marca el sentido de sus vidas. Desde esta perspectiva, se concluye entonces que una sociedad constituida en torno a principios deontológicos de justicia, de naturaleza formal y elegidos consensualmente, en vez de en torno a valoraciones morales «densas» y compartidas *a priori* –es decir, una sociedad que parta de lo *correcto* frente a lo *bueno*– sería una sociedad de extraños, fragmentada y anómica, carente de vínculos intensos entre sus miembros y sin un fin común al que dirigirse, todo lo cual habría de llevarla, antes o después, a su disgregación (399).

La crítica comunitarista al concepto de persona ha sido con razón rechazada por el liberalismo, argumentando, en primer lugar, que en ella subyace una falacia naturalista –denominada «falacia comunita-

(398) Sobre este tipo de objeciones, cuyo más destacado representante es Sandel, cfr. SANDEL, *Die Verfahrensrechtliche Republik*, p. 18. (Sobre la postura de este autor, *vid.* también FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 23 y ss.; THIEBAUT, *Vindificación del ciudadano*, pp. 67 y ss.). Críticas similares se encuentran también en TAYLOR, *Atomismo*, pp. 107 y ss. Sobre los orígenes aristotélicos y hegelianos de los que esta línea argumental parte, cfr. NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 129-130; GUTMANN, A., *Die kommunitaristischen Kritikern*, p. 68; CORTINA, *Ética sin moral*, p. 119, quien afirma que el debate actual entre comunitaristas y liberales es trasunto de la oposición de la *Sittlichkeit* hegeliana a la *Moralität* kantiana; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 19 y ss., especialmente en relación al neoaristotelismo.

(399) Cfr. SANDEL, *Die Verfahrensrechtliche Republik*, pp. 21 y ss.; MACINTYRE, *Ist Patriotismus eine Tugend?*, pp. 84 y ss.

rista» (400)—, consistente en rechazar principios normativos como la prioridad de los derechos sobre el bien común o el respeto a la autonomía moral (deber ser) a partir de razonamientos sociológicos o psicológicos (ser). No obstante, también son puestos en duda esos mismos presupuestos de carácter fáctico. Los sujetos, según se viene a decir por el comunitarismo, no pueden alejarse de sus valoraciones adquiridas y contemplarlas críticamente, no poseen esa capacidad, sino que sus planes de vida se articulan en torno a lo asumido por su proceso de socialización, conformado por su situación en una comunidad. Frente a la autonomía, se opone la *identidad*. Frente a la emancipación crítica, se opone la tradición. En relación a dicha tesis, los liberales no tienen empacho en negar que, *de facto*, los procesos de socialización y aprendizaje de los sujetos se ven dirigidos por el cúmulo de valoraciones, tradiciones y afectos que imperan en la sociedad en la que su historia personal los sitúa; pero ello no implica que no puedan desarrollar también una conciencia *reflexiva y crítica* respecto de esos valores, una capacidad *racional*, en el sentido rawlsiano (401). Los liberales sostienen que, dado el grado de complejidad alcanzado en la convivencia actual, en las sociedades modernas no puede sino asumirse el *hecho del pluralismo* (402), en el sentido de que el individuo no está inmerso únicamente, por decirlo así, en una «comunidad ética», en un universo cerrado y compacto de convicciones morales, como parecen creer los comunitaristas, sino que en torno a él late un entramado de diversas, opuestas e irreconciliables comprensiones del mundo, realidad cuya complejidad es la que permite al individuo la ponderación de las mismas y la facul-

(400) FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 35; GUTMANN, T. *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 44. En similar falacia incurre LESCH, ADPCP 1995, p. 912, cuando identifica el naturalismo, como teoría sociológica o epistemológica, con el liberalismo, como teoría política; viniendo a confundir el individualismo metodológico con el individualismo normativo.

(401) WALZER, *Die kommunitaristische Kritik*, p. 167, afirma con razón que lo que el liberalismo actual defiende no es un yo asocial o presocial, sino únicamente un yo capaz de ponderar críticamente los valores que su socialización le ha determinado. En el mismo sentido, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 49-50; el mismo, *Vindicación del ciudadano*, pp. 113 y ss.; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 31-32; MULHALL/ SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 47; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 251.

(402) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 91; RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 63; el mismo, *Der Bereich des Politischen*, p. 334; HINSCH, *Einleitung*, pp. 22; HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 125; THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, p. 51.

tad de reflexión y disenso a lo dado (403), así como la tendencia a la cooperación bajo el respeto a la tolerancia (404). En este sentido, es perfectamente admisible asumir como un hecho fáctico la capacidad del sujeto actual para poner en duda los valores imperantes en su entorno y para elegir cómo quiere dirigir su vida privada –lo *racional*–, así como la capacidad para la deliberación y para entablar cooperativamente un diálogo con sus interlocutores sociales respecto de los principios que, más allá de la diversidad de convicciones sobre lo *bueno*, puedan determinar lo que ha de ser *correcto* en la organización de la convivencia pública –lo *razonable*–.

Independientemente de la posibilidad fáctica de dicha conciencia crítica y reflexiva, la cual otorga plausibilidad epistémica a las tesis del liberalismo, debe ponerse de manifiesto, como ya se adelantó al mencionar la «falacia comunitarista», que las tesis ontológicas o sociológicas del comunitarismo respecto de la noción del sujeto en nada invalidan la postura *política* del liberalismo. Lo que éste afirma es que las instituciones públicas deben someterse a una serie de exigencias normativas, y el comunitarismo pretende rechazarlas a partir de presupuestos fácticos, no políticos. Así, del hecho de que los individuos se vean socializados a partir de unos valores concurrentes de facto en una sociedad, no ha de derivarse que hayan de ser esos los valores bajo los que deba orientarse la actividad *pública* de la sociedad, ni que esos valores dados, como en el pensamiento hegeliano, hayan de ser *per se* los valores correctos, sobre los que ordenar la convivencia (405).

(403) Así, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 171; CORTINA, *Ética sin moral*, p. 111. Como aval psicológico pueden citarse las investigaciones de Mead y su distinción entre el «Me» del otro generalizado y el «I» reflexivo, o de Kohlberg, quien elabora un desarrollo ontogenético evolutivo de la conciencia moral de los individuos, y sitúa el estado actual en una «moral posconvencional», superadora de la fase anterior –«convencional»– (que consistía en obrar de acuerdo con las tradiciones del grupo y la comunidad), y que se caracterizaría por la posibilidad de distinguir entre las normas *morales* de la propia comunidad y los principios *éticos* formales y elegidos intersubjetivamente y que nos permiten distinguir entre lo correcto y lo incorrecto. Numerosos autores liberales se han servido de estas investigaciones para apoyar la facultad de la autonomía moral, entre los que puede destacarse el mismo RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 511 y ss.; NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 107; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 204; CORTINA, *Ética sin moral*, p. 148; HABERMAS, «Razonable» versus «Verdadero», pp. 151-152: la capacidad de argumentación ética es la «moderna situación de la conciencia».

(404) BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 248.

(405) NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 191; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 36-37; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 50.

Respecto al concepto de persona, desde ese plano normativo, el liberalismo puede admitir esa verdad de perogrullo del comunitarismo sin dejar de reconocer, *normativamente*, la autonomía moral y política de las personas (406). Así, y sobre todo respecto de la crítica a la noción de *persona* empleada por Rawls, debe resaltarse que dicho concepto de persona es un concepto *normativo*, «político y no metafísico» (407). La concepción de la persona como sujeto ética (racional) y políticamente autónomo (razonable), pertenece al ámbito de argumentación de lo público, de lo intersubjetivo, y debe distinguirse de la noción fáctica de «sujeto moral» socializado en una serie de convicciones concretas, perteneciente al ámbito de lo privado, de lo subjetivo. Como ha sido puesto de manifiesto, la concepción de persona como moral y políticamente autónoma está basada en el *mutuo reconocimiento*, en la *atribución* recíproca de esa autonomía, lo que determina un concepto de persona de carácter normativo, propio del ámbito de la interacción pública (408).

bb) Persona como «persona de Derecho» y el respeto a las normas

Como ya vimos, sobre la premisa del principio de la neutralidad, el liberalismo político no entra a argumentar sobre las particulares creencias morales, religiosas o filosóficas que conformen la identidad privada del individuo (por eso se resaltó que era un individualismo normativo y no ontológico o atomista). En este sentido, la noción de la *persona* pública, como sujeto autónomo, además de distinguirse del *sujeto* moral, como personalidad conformada por determinados valores, debe disgregarse en dos subconcepciones. Por un lado, a partir de la autonomía moral y la libertad negativa, la persona es «persona de Derecho», titular de derechos y deberes (409). Dicha noción es, como el de persona, un término normativo y

(406) Así, por ejemplo, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 148; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, pp. 44-45, 47, quien afirma que dicha verdad del comunitarismo ha quedado, en la discusión posterior, relegado a ser un mero tópico.

(407) Así, RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 46, nota 15. En el mismo sentido, MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 257; HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 178, y nota 36; el mismo, *Reconciliación*, p. 69. Especialmente, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 47 y ss.

(408) Así, THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, pp. 90-91 y 114 y ss. Ya vimos el carácter esencial que ostenta dicha noción de reconocimiento de la autonomía.

(409) Cfr. FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 49. También HABERMAS, *Reconciliación*, p. 69: «El Derecho moderno constituye, por consiguiente, la idea de persona mediante libertades subjetivas de acción reclamables jurídicamente y que pueden utilizarse según las preferencias de cada cual.»

abstracto, un estatus público moldeado en sus límites a partir del ámbito de la libertad y responsabilidad que se le atribuyan. Como con razón afirma Jakobs, «en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general-normativa» (410). Es desde esta concepción, entonces, de donde debe partirse para determinar el ámbito de imputación de responsabilidades jurídicas (411) y, en general, es la que determina el trato que el Derecho debe otorgar a los individuos, tanto respecto a los criterios de motivación al acatamiento de las normas como a los efectos psico-sociales predicados de la pena. Pero, como se ha afirmado, la noción de «persona de Derecho» es abstracta, por lo que el trato del Derecho vendrá determinado por el grado de atribución de derechos y deberes, grado que será distinto según se parta de una postura liberal o una comunitarista. Desde la primera, en la que se establece una rígida separación entre el concepto jurídico de persona y el de sujeto moral, la noción de «persona del Derecho» es comprendida como una «envoltura de protección» que protege la libertad del sujeto para desarrollar y mantener una concepción privada del bien, así como para ponerla en duda y modificarla (412), es decir, protege su autonomía moral (413). En este sentido ha de entenderse la afirmación de Luhmann ya citada de que la separación de Derecho y moral se convierte en condición de la libertad. Por el contrario, característico de la postura comunitarista es precisamente la confusión entre Derecho y moral (414), la (con) fusión en un sólo ámbito de la noción de sujeto: la persona jurídica viene conformada por la persona moral (415). Res-

(410) JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 387.

(411) Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 277: «El principio de libertad conduce al principio de responsabilidad.»

(412) FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 51.

(413) En el mismo sentido, HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 178, nota 36: «Esta abstracción tiene un significado asegurador de la libertad. El *status* de persona jurídica protege la esfera en la que puede desarrollarse libremente una persona concreta, de forma moralmente responsable y conduciendo a la vez éticamente su vida. La reducción de la persona jurídica a un portador de derechos subjetivos individuado por su libertad de arbitrio cobra, ciertamente, ella misma un sentido moral y ético en la medida en que la garantía jurídica de libertades subjetivas asegura una esfera para un modo de vida consciente y autónomo. El derecho actúa como una especie de “máscara protectora” (H. Ahrendt) ante la fisonomía de la persona individuada por su propia biografía, que quiere actuar con conciencia y vivir en autenticidad.»

(414) Ello es lo que nos permitía, dentro del funcionalismo sociológico, desvincular a Luhmann, como liberal, de las posturas de Durkheim o T. Parsons, como comunitaristas. Ello, no obstante, únicamente en el ámbito de la autonomía moral y de la separación entre Derecho y moral.

(415) Así, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 145.

pecto de la atribución de derechos y deberes, ello implica que éstos vendrán moldeados no desde la libertad y autonomía del individuo frente a las necesidades colectivas de integración y los valores dados, respectivamente, sino *desde o en función* de dichas necesidades y dichos valores. Si el liberalismo parte del principio de la *cooperación* entre ciudadanos libres e iguales, y en la prioridad de los derechos subjetivos, el comunitarismo parte de la *identificación* de los miembros con la comunidad, y, por tanto, de la prioridad del bien común, configurado como el mantenimiento de la identidad de la comunidad (416). Por ello, si en los liberales lo que se exige a los destinatarios del Derecho es el respeto externo a sus normas basado en pautas racionales y razonables, cualesquiera sean las motivaciones internas que llevan a dicho respeto (417), en los comunitaristas se exige una motivación y vinculación interna a los valores que dan sentido a la comunidad, diluyéndose la autonomía privada en la dependencia moral (418). Ya vimos con ocasión de la exposición de las teorías de los fines de la pena que las corrientes que habíamos denominado «comunitaristas» exigían una vinculación con las normas del Derecho basada en la *fidelidad*, entendida como una actitud interna de identificación con los valores del Derecho de la comunidad. Ello es reiterado por los comunitaristas actuales, plasmando como virtudes exigibles a los miembros de la comunidad los tres supervalores que según Hardwig debían asumir éstos: el respeto a la comunidad misma como el más alto bien, la disposición al sacrificio de derechos individuales en aras de la comunidad y la fidelidad indubitada a la misma. En la terminología empleada en la actualidad por esta corriente política ello se traduce en un deber de «*patriotismo*», entendido como un «sentido interno de honor y compromiso» (419), como «la fidelidad común y compartida hacia una determinada comunidad histórica. Honrarla y mantenerla en su

(416) Así, TAYLOR, *Die Debatte*, p. 104; GUTMANN, A., *Die kommunitaristischen Kritikern*, p. 70 y nota 3; GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 51. También NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 142: «La comunidad...no es un instrumento para la satisfacción de intereses individuales, sino algo que es constitutivo de esos intereses y aun de los propios individuos.»

(417) Así, desde una perspectiva liberal, HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 177: «El Derecho abstrae... el *tipo de motivación* y se conforma con que la acción se conforme a la regla, cualesquiera sean los motivos de esa conformidad». En igual sentido, GÜNTHER, *Möglichkeit einer diskursethischen Begründung*, p. 208.

(418) Cfr. las consideraciones críticas que realiza KINDHÄUSER, *ZStW* (107), 1995, p. 711, de las consecuencias que extrae del comunitarismo en relación a la responsabilidad penal.

(419) MACINTYRE, *Ist Patriotismus eine Tugend?*, p. 117.

integridad debe ser un fin común, y ello es más que un mero consenso sobre la prevalencia de la justicia» (420), ya que implica una identificación interna con los «valores fuertes» que rijan en la comunidad (421). Respecto del Derecho penal, ello conllevará las siguientes consecuencias. En primer lugar, y como a continuación se destacará, un criterio de criminalización que excede del respeto de la libertad de terceros (*harm to others*), incluyendo, como vimos en autores como Devlin, la protección coactiva de las convicciones morales imperantes en la comunidad. En segundo lugar, un deber de obediencia a Derecho apriorístico y basado en la identificación moral colectiva, más intenso que el mero respeto externo. En palabras de Habermas, «la pertenencia a una comunidad política funda deberes especiales, tras los que se encierra una identificación patriótica. Este tipo de lealtad va mucho más allá del sentido que cabe a la validez de deberes jurídicos mediados institucionalmente: “cada miembro reconoce una lealtad a su comunidad, expresada en la disponibilidad a sacrificar ventajas personales para promover los intereses de la comunidad”» (422). El delito no es lesión de intereses ajenos, es traición, infidelidad a la comunidad. Parafraseando a Hegel, en quien se apoyan, los comunitaristas exigen «el supremo deber de ser miembro de la comunidad» (423).

cc) Persona como «persona del Derecho» y la fundamentación de las normas

Si desde la autonomía moral y la libertad negativa se extrae el concepto de «persona *de* Derecho», desde la autonomía política y la libertad positiva ha de extraerse una segunda subconcepción: la de «persona *del* Derecho», que enmarca el tránsito desde el estatus de *súbdito*, como destinatario de las normas jurídicas, al de *ciudadano*, como autor de las normas jurídicas (424). «Personas de Derecho son individualmente responsables *frente* al Derecho, los ciudadanos son

(420) TAYLOR, *Die Debatte*, p. 123.

(421) TAYLOR, *Die Debatte*, p. 125. Sobre la «virtud del patriotismo», *vid.* también, críticamente, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 166-167; HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 638 y ss.

(422) HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 641. El entrecomillado corresponde a una cita de Miller. En similar sentido, THIEBAUT, *los límites de la comunidad*, p. 54; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 30 y 36.

(423) Cfr. GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 44, quien habla de «la obligación de pertenecer».

(424) Se sigue la terminología de FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 53, 432 y ss. y *passim*.

conjuntamente responsables *del Derecho*» (425). Dicho estatus está basado, por tanto, también en la atribución intersubjetiva de facultades y pretensiones de respeto: los sujetos se reconocen mutuamente como libres e iguales y como capaces de establecer un diálogo en condiciones de imparcialidad, así como reconocen la asunción vinculante de lo acordado y, por tanto, la responsabilidad política del respeto a dichas decisiones (426). Si, como vimos, la autonomía privada y pública estaban íntimamente relacionadas, también lo estarán los estatus de persona de derecho y ciudadano: desde la concepción liberal los individuos son los autores del Derecho a que van a someterse, por lo que el ámbito de derechos y deberes que conforman el marco de la persona de Derecho vendrá determinado por su actividad como ciudadanos, por los principios y normas establecidos por ellos mismos en un acuerdo intersubjetivo realizado en condiciones de imparcialidad (427). Desde el reconocimiento de la capacidad y el derecho a la autolegislación, de la autonomía política, en una sociedad democrática ha de partirse, en consecuencia, del principio de que tanto las normas como los medios empleados por el Derecho para motivar al acatamiento de dichas normas (sanciones) serían establecidos y reconocidos libremente por todos los ciudadanos en un acuerdo hipotético (428). Ello conlleva como consecuencia que los ciudadanos no pueden ser tratados sólo como enemigos del Derecho, sino que ha de partirse del presupuesto de que están dotados de la facultad de lo *razonable*, de una tendencia a la cooperación y al respeto voluntario de las normas que ellos mismos se han otorgado.

Al igual que el concepto de persona de Derecho, el concepto de ciudadano adquirirá un marco de significación diferente en el liberalismo y en el comunitarismo. Si respecto de la noción anterior ello se traducía en un diferente modelo de trato del destinatario de las normas, ahora la cuestión girará en torno al contenido y los criterios de legitimación de las normas, aspectos, ha de insistirse, intrínsecamente relacionados, pues del criterio de legitimación de normas habrá de derivarse la forma en que puede motivarse legítimamente a

(425) FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 353.

(426) Cfr. FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 179.

(427) sobre todo ello, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 135-136 y 400 y ss. Vid. también RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, pp. 47, 54; HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 186: «La idea de autolegislación del ciudadano exige que aquellos que están sometidos al Derecho como destinatarios suyos, puedan entenderse a la vez como autores del Derecho.»

(428) FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 79, 136, 401 y ss. y *passim*.

su acatamiento, así como, en general, el abanico de derechos y deberes que conformará el ámbito de la persona de Derecho.

Como suele afirmarse, la política del liberalismo es una política de los derechos y la política del comunitarismo es una política del bien común (429). Expresado de otra forma, mientras en el liberalismo la organización política y el razonamiento jurídico gira en torno a los intereses y autonomía de los individuos, en el comunitarismo existe algo más valioso que proteger: la comunidad misma, su identidad y cohesión; por ello, los derechos de las personas pueden en ocasiones verse vulnerados legítimamente en aras del mayor bien de la identidad común (430). La prioridad de los derechos viene fundada en el liberalismo en el hecho de que son los mismos individuos los que acuerdan cuáles van a ser los márgenes de los derechos y deberes que regirán su vida pública, y esos individuos, como sujetos autointeresados, nunca accederían a acordar la posibilidad de sacrificar sus derechos e intereses en aras de la colectividad, más allá de los márgenes que determinan el espacio protegido de la libertad individual de cada uno. Toda norma implica una limitación voluntaria de la libertad negativa; en consecuencia, los ciudadanos sólo acordarían la creación de normas que protegieran dicha libertad negativa. Ello lo expresa Rawls con su primera regla de prioridad de los principios de justicia: la libertad sólo puede verse limitada en aras de la misma libertad, y responde, como ya se adelantó, al clásico criterio de criminalización del *harm to others*. En una sociedad liberal, la organización política y la convivencia se organiza en torno a la cooperación basada en el respeto a los derechos ajenos, relegándose del ámbito de lo público lo relativo a las particulares creencias morales de cada uno, sobre las cuales, dado su carácter irreconciliable, no cabría el establecimiento de un acuerdo basado en criterios racionales y razonables. Así, por ejemplo, entre un árabe y un judío no podría llegarse nunca a un consenso sobre cual habría de ser la religión oficial de una sociedad, ya que para cada cual su religión es la «verdadera». En cambio, ambos podrían llegar a un acuerdo sobre el derecho a la libertad religiosa, ya que ello les permitiría a ambos practicar libre-

(429) Cfr., por ejemplo, GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, pp. 50-51, citando al comunitarista Sandel.

(430) Expresamente, TAYLOR, *Die Debatte*, p. 130, ejemplificándolo con la defensa de la tradición cultural francesa de la comunidad de Quebec; en igual sentido, MACINTYRE, *Ist Patriotismus eine Tugend?*, p. 94. En este sentido, afirma GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 59, que en el comunitarismo «el “valor” social de las personas como miembros de la comunidad se determina en función de su disposición a la realización de... ese bien común».

mente su religión, lo que no ocurriría para uno de ellos si se impusiera la del otro como religión oficial y única. Lo mismo ocurriría en relación a cuestiones teñidas de connotaciones morales. Sobre moral, no sería la razón sino la fe o la creencia sobre lo que habría que apoyar la argumentación, y un Estado liberal y democrático sólo puede imponer normas que resulten admisibles a los ciudadanos bajo criterios de diálogo y razonabilidad, por lo que deberá abstenerse siempre de obrar sobre la base de que una concepción del bien es más valiosa que otra (431). Por ello, como afirma Rawls, el liberalismo *político* se ocupa de lo justo, no de lo bueno (432). Por el contrario, en una sociedad comunitarista el Estado y la vida pública se organiza en torno a la identificación de cada miembro con los valores morales y culturales que definen esa comunidad concreta (433). Como en Hegel, el imperio de la *Sittlichkeit* aún lo público y lo privado, el Derecho y la moral, renunciándose al principio liberal de la neutralidad (434), así como a la razón individual como criterio de fundamentación del Derecho. Éste ya no es fruto –y, por tanto, tampoco está sujeto en su legitimidad a ello– del consenso intersubjetivo, sino que las normas se originan a partir de las valoraciones morales que rijan en la comunidad, y su único criterio de referencia y legitimación será su mera vigencia social (435). Expresado de otra forma, no se cues-

(431) MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 143; THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, p. 130-131.

(432) RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 493 y ss. Una reciente revisión de dicha noción puede verse en RAWLS, *Der Vorrang des Rechten und die Ideen des Guten*, pp. 364 y ss.

(433) En algún autor –MacIntyre, por ejemplo– ello viene motivado a partir de una ascendencia aristotélica, según la cual es el ámbito de la *polis*, de lo público, el terreno idóneo donde han de desarrollarse y ponerse en práctica nuestra concepción de la vida buena del hombre. Vid. MACINTYRE, *Ist Patriotismus eine Tugend ?*, pp. 84 y ss.; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 23 y ss.; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 143; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 186: «En la sociedad cerrada ideal-típica, la vida privada y la “pública” forman un solo contexto vital». (Cursivas y comillas en el original.)

(434) Cfr. THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 167; GUTMANN, A., *Die kommunitaristischen Kritikern*, p. 79; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, pp. 143 y 290; GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, pp. 50: «etización de lo político»; pp. 60-61. Y especialmente FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 144. La influencia de Hegel es, en este tipo de argumentaciones comunitaristas, patente y manifiesta. Como afirma el autor citado en último lugar (p. 172), el comunitarismo sustancialista parte de la «tesis hegeliana de que una comunidad política debe conformarse en torno a una base ético-cultural».

(435) Cfr., por ejemplo, WELZEL, *Naturalismus*, p. 86, citando a Hegel: «lo que es racional es real, y lo que es real es racional». En el sentido del texto, críticamente, GUTMANN, T. *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 47: la tesis comunitarista hace depender la validez normativa de las normas de su vigencia social. Ello responde a la

tiona la validez intrínseca de las normas: lo correcto, sino que, como el bien superior es la propia pervivencia de la comunidad, de los vínculos morales y afectivos que dan cohesión al grupo, el Derecho se creará y se utilizará en función de la protección del horizonte valorativo común: lo bueno (436). Como ha sido destacado el proyecto político del comunitarismo trae consigo la «consecuencia de que el Derecho penal debe sancionar todo contenido moral sentido por la mayoría moral y que ésta considere necesario para mantener sus formas de vida tradicionales» (437). Los comunitaristas, embriagados por cierta nostalgia hacia comunidades homogéneas y pequeñas, en las cuales la fuerte identificación en torno a un puñado de tradiciones excluye toda posibilidad de disenso y de conflicto, parecen olvidar que lo que caracteriza a las sociedades actuales es su alto grado de complejidad valorativa, su pluralismo y multiculturalidad (438), realidad que es la que ha llevado a la diferenciación entre los sistemas normativos de la moral y del Derecho (439). En la actualidad, su proyecto político o es sencillamente inviable o alienta un recalcitrante conservadurismo (440), ya que ese horizonte moral común se tra-

ausencia de un criterio de legitimación crítico a la labor del Estado en el «dogma hegeliano», según el cual se parte «de la racionalidad incuestionable de la ley en cuanto es producto del Estado» (HORMAZÁBAL, *Bien jurídico*, p. 38).

(436) Ejemplo del modelo de fundamentación comunitarista pueden ser las afirmaciones de CEREZO MIR, PG I (1997). Para este autor –quien entiende, siguiendo a Welzel y a H. Mayer, que «las normas éticas y las jurídicas coinciden esencialmente en su contenido» (p. 16)– «no cabe duda... de que el orden moral sexual puede ser objeto de protección por el Derecho penal y constituir un bien jurídico» (p. 17, nota 21). Y ello viene justificado en atención al mantenimiento de esa cohesión social: «El orden moral sexual sólo debe ser objeto de tutela en la medida en que sea imprescindible para el mantenimiento del orden social» (p. 17). En consecuencia, el único criterio de legitimación será la moral dominante: «el Estado, en una sociedad pluralista y democrática, no puede imponer una determinada concepción ética, ni convertirse en tutor moral de los ciudadanos. Es preciso señalar, sin embargo, que no se trata de la protección o imposición por el Derecho penal de cualquier concepción moral, sino la tutela del orden ético-social realmente vigente en la sociedad» (nota 21, pp. 17-18).

(437) GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 59.

(438) Esa crítica es reiterada por posturas liberales. Cfr. NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 168 y 178; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 161; GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 52; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 244.

(439) Cfr., sobre ello, LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 220 y ss. y *passim*; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 162; GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 60; HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 571 y ss.

(440) Cfr., por ejemplo, NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 161; GUTMANN, A., *Die kommunitaristischen Kritikern*, p. 68; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 141 y ss.; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 40 y *passim*; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 253 y ss.; GUTMANN, T. *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 47.

duce en la moral de la mayoría (441) y, a consecuencia de ello, en la flagrante vulneración del respeto a la autonomía, tanto privada como pública, de las minorías, así como en procesos de integración/exclusión, ya que sólo quien se identifica con la moral dominante *pertenece* a la comunidad (442). Como ha venido reiterando Rawls, en sociedades pluralistas la única alternativa a la neutralidad moral y a la tolerancia es un uso ilimitado y opresivo del poder estatal (443). No es difícil apreciar que este ámbito de discusión es trasunto de la oposición entre la *Moralität* kantiana, racional, abstracta y universal, y la *Sittlichkeit* hegeliana, histórica y contingente. Como se ha afirmado, «sin tal mínimo de racionalidad, universalidad e incondicionalidad es imposible la autonomía humana, y no resta sino el imperio oscurantista y dogmático de lo dado» (444). Ya vimos que los comunitaristas rechazaban la concepción de la persona como capaz de reflexión y distanciamiento crítico de los valores morales que le rodean (445). Ello se refleja en relación a la institucionalización de

(441) Por todos, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 158-159: «La reducción de todo criterio o principio moral a las ideas de bien de hecho existentes en una sociedad dada nos condena a suscribir sin posibilidad de crítica sus valores; no sólo quedarían sin explicar los procesos históricos de cambio, la aparición de valores emergentes, sino que también parecerían condenarse todas las disidencias, las propuestas de diferencia, que fueran a contrapelo de la moral de un contexto concreto.»

(442) THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 168: «En esas reacciones sólo se fomenta la identidad propia apoyándola sobre la exclusión absoluta de quien es diferente»; GUTMANN, *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 58, quien pone de manifiesto la lógica de la exclusión de los disidentes a la moral mayoritaria característica de estas tesis. Por otra parte, la indudable relación del comunitarismo con el fenómeno del nacionalismo, también regido por el binomio schmittiano amigo-enemigo, ha sido puesta de manifiesto por sus críticos en numerosas ocasiones. *Vid.*, por todos, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 168 y ss.; HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 636 y ss.

(443) RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 44; el mismo, *La idea de un consenso por superposición*, p. 66.; el mismo, *Der Bereich des Politischen*, p. 335. También NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 192; GUTMANN, *T. Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 56.

(444) CORTINA, *Ética sin moral*, p. 149. Similar, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 49 y 159.

(445) En este sentido, afirma THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 158: «Esa capacidad crítica que el programa moderno reclama para sí frente al tradicionalismo y que implica que existen siempre criterios de justicia que no se identifican con las sociedades dadas y sus criterios aceptados de bondad, es un argumento central... de la acusación de proclividad hacia el conservadurismo de las posiciones comunitaristas». Respecto a la potencialidad conservadora y crítica, respectivamente, de cada teoría, es ilustrativa, por ejemplo, la caracterización que hace GARZÓN VALDÉS, *Krawietz-FS*, pp. 477 y ss. (p. 478), de los términos «moral» (*Sittlichkeit*) y «ética»

las normas públicas, las cuales se conciben como expresión del sustrato ético, fusionándose en una realidad sustancial —en un «espíritu objetivo»— el Derecho y la moral, adquiriendo el primero su legitimidad por ser emanación de la identidad de la comunidad, no por un presupuesto de consenso basado en el diálogo y la razón. Desde el comunitarismo, por tanto, las normas que han de regir la convivencia no son elegidas por sus destinatarios, sino que, en cierta medida, les vienen dadas, a tenor de una tradición concreta. No son constituidas por los ciudadanos, sino que son dichas normas, como conjunto de valores morales, las que constituyen y han de constituir la identidad individual. Si en el liberalismo el Derecho es fruto de la razón, en el comunitarismo lo es, hasta cierto punto, de la irracionalidad, ya que las valoraciones no serán tamizadas por el filtro del diálogo intersubjetivo, sino que serán juridificadas por el mero hecho de determinar la identidad colectiva (446). Así, el comunitarista MacIntyre llega a mantener, en relación a la vinculación de los individuos a las normas, es decir, a la comunidad, que en el «patriotismo», al estar basado en un lealtad incondicionada, la crítica racional al mismo queda excluida (447). Dicha vinculación incondicional conllevaría, en sociedades como las actuales, una radical negación del respeto a la autonomía moral de los ciudadanos, y el consiguiente adoctrinamiento de los disidentes en los valores en los que se autoconcebe la comunidad, con la única alternativa para éstos de su exclusión. Como afirma Rawls, «el liberalismo rechaza el Estado como comunidad porque, entre otras cosas, conduce a una denegación sistemática de las libertades básicas y al uso opresivo del monopolio legal de la fuerza del Estado» (448).

(*Moralität*): lo «moral» es concebido como la moral positiva, como el *mores* de una determinada sociedad; lo «ético» es concebido como la «moral crítica». Una diferenciación similar, a partir de la oposición entre moral positiva y moral crítica, en HART, *Law, liberty and Morality*; LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, p. 52, en referencia a las tesis de Lord Devlin.

(446) En sentido similar, afirma HORMAZÁBAL, *Bien jurídico*, p. 99, respecto a la postura de Talcott Parsons, que el criterio para el fundamento de las normas «no se trata de una moralidad en abstracto [que sería la *Moralität* kantiana], sino de comparar un determinado sistema moral referido al “statu quo” a partir del cual se determina lo que es contrario o conforme al orden establecido».

(447) MACINTYRE, *Ist Patriotismus eine Tugend?*, p. 95. Crítico con ese irracionalismo y con el «telos místico» de la comunidad, NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 167.

(448) RAWLS, *Consenso por superposición*, p. 71, nota 17. En el mismo sentido, afirma FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 50, en oposición a las tesis hegelianas, que solo «la separación entre Estado y comunidad protege la libertad subjetiva de las

c) *Sociedad y Estado. El problema de la estabilidad*

El establecimiento de la moral positiva, del conjunto de valoraciones morales y de vínculos afectivos y tradiciones que aglutinan la identidad de la comunidad, como criterio rector de las convicciones privadas y la actuación pública de sus miembros, elevándose así a normas jurídicas, viene dado por el fin que la tesis comunitarista atribuye a la política. A diferencia del liberalismo, para quien el Derecho y el Estado han de limitarse a procurar las condiciones de justicia –libertad e igualdad– para que cada ciudadano desarrolle a su antojo sus inclinaciones y metas privadas, los comunitaristas conciben la política como una prolongación funcional de la moral privada: los poderes públicos han de fomentar una línea uniforme de actuación colectiva basada en las ataduras morales que vinculan a los ciudadanos, con la finalidad última de perpetuar el *ethos* comunitario y «patriótico» –siempre en el sentido citado– y de la estabilidad de la identidad común. Como puede apreciarse, estamos ante los mismos presupuestos que los de la «tesis de la desintegración» de Devlin o Durkheim, según la cual la moral colectiva es la sustancia esencial que aglutina los lazos de la comunidad, por lo que toda desviación manifestada de la misma amenaza, siquiera potencialmente, con su desintegración. Por ello, dado el hecho de que sólo la vida dentro de la comunidad permite la convivencia y el desarrollo de la vida moral (449), el Derecho debe erigirse en factor de integración y socialización colectiva, aunando las conciencias en las concepciones compartidas del bien (450). Por ello, y como ya se dijo, lo relevante no es la corrección valorativa de las convicciones morales compartidas, sino el mero hecho de que sean compartidas por un número suficiente de individuos (451). Recuérdese que la defensa de Devlin de la crimi-

personas como sujetos de Derecho y les posibilita participar, como ciudadanos, en el proyecto común de la justicia política». Cfr. también GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 57: «El peligro de la consunción del individuo por el colectivo es la sombra inherente a toda forma de comunitarización»; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 184: «En las sociedades cerradas... la libertad individual está subordinada a coacciones colectivas.»

(449) Así también TAYLOR, *Atomismo*, p. 110. En sentido similar SANDEL, *Die verfahrensrechtliche Republik*, pp. 30 y ss.; MACINTYRE, *Ist Patriotismus eine Tugend?*, pp. 94 y ss.

(450) Vid. GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 52: «El “bien” se localiza, así, en la propia comunitarización [*Vergemeinschaftung*] de los individuos, por lo que esa comunitarización se erige en fin en sí mismo» del Derecho.

(451) Crítica con el relativismo valorativo a que ello lleva, CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 111 a 114.

nalización de la homosexualidad no venía dada por consideraciones sobre la inmoralidad intrínseca a dicha práctica sexual, sino en primer lugar por el hecho de que la misma era de facto considerada inmoral por las sociedades occidentales de tradición cristiana (452).

Y si los criterios de creación del Derecho parten del mismo núcleo que los que vimos eran característicos de penalistas que adjetivamos como «comunitaristas» y que introducimos en alguna de las comprensiones de la prevención general positiva, la comprensión de la aplicación del Derecho en un Estado comunitarista expuesta por Gutmann recuerda extraordinariamente, asimismo, a las teorías de la prevención general ético-social y de integración. Afirma, así, este autor que en el comunitarismo el Derecho es medio por excelencia para la integración colectiva, el cual, dado que dicho proceso viene realizado a través de la moralización, pierde su carácter de sistema normativo diferenciado y formalizado y tiende a ocupar los mismos procesos psico-sociales que otros medios espontáneos de control social, en detrimento de la seguridad jurídica. La integración y cohesión social, con la aplicación de la sanción penal, es llevada a cabo, entonces, por medio de la reafirmación de la moral y de la tradición, y por la estabilización de los afectos y emociones, a partir de una escenificación simbólica de exclusión del delincuente de la comunidad (453).

Dicha semejanza no puede extrañar, por el hecho de que el concepto de sociedad del que parte el comunitarismo es idéntico al mantenido, por ejemplo, por Durkheim según su «solidaridad mecánica». Al igual que este autor, y que Tönnies respecto de su modelo de «comunidad», los comunitaristas actuales asumen una concepción organicista del entramado social, entendiendo la comunidad, según críticamente afirma Forst, como «un macrosujeto orgánico y homogéneo, conformado en torno a valores, en el cual rige una identidad entre lo individual y lo colectivo» (454). Como he mencionado anteriormente, algunos representantes de esta corriente pretenden erigir en criterio de la convivencia y de lo político concepciones premodernas y superadas de lo social, auspiciando comunidades homogéneas y cerradas, en las que una idílica identificación en torno a un redu-

(452) Merece destacarse que Sandel, relevante autor comunitarista, ha defendido también la criminalización de la homosexualidad por muy similares motivos. Cfr. sobre ello, críticamente, GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 59.

(453) GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, pp. 56, 58 y 60.

(454) FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 40. También, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 159, afirmando que el holismo sociológico alienta la legitimación de lo dado y la ausencia de toda oposición crítica.

cido conjunto de convicciones impediría la aparición de conflictos intersubjetivos y haría superflua la necesidad de acuerdos sobre principios de justicia (455). Así, mientras para el liberalismo el desarrollo de propuestas morales diversas y el grado de pluralismo alcanzado en las sociedades modernas es, no sólo un hecho indudable, sino un factor positivo y enriquecedor que debe ser respetado y alentado, el diagnóstico comunitarista del pluralismo arroja una imagen caótica y desolada de la realidad (456). Desde estas posiciones se sostiene que la pérdida de un horizonte valorativo común y la descomposición moral producida por las teorías éticas heredadas de la modernidad, ha generado un fenómeno de anomia y decadencia social, y la desintegración de un proyecto moral y político compartido, que permitía la motivación de las conductas bajo la conciencia de pertenencia a un mismo suelo, y ha convertido la articulación de los vínculos sociales en un cúmulo de individuos atomizados, movidos sólo en atención a su propio interés individual y huérfanos de una referencia unitaria (457). Según esta postura, los intentos actuales de elaborar una ética y una política basada en principios deontológicos y abstractos de justicia bajo condiciones de imparcialidad, desde los que lo correcto es prioritario a lo bueno, no son más que la crónica de un fracaso anunciado ya desde la Ilustración. Por un lado, dichos principios son demasiado abstractos y generales para encontrar una identificación y un compromiso por parte de los ciudadanos; por otro lado, los derechos individuales no pueden anteponerse de forma absoluta al bien común. Por el contrario, sólo una comunidad política basada en concepciones fuertes y densas de lo bueno, heredadas de una tradición y que aúnen las voluntades en un *telos* colectivo, al modo de la *polis* aristotélica, pueden devolver a los ciudadanos un sentido de pertenencia y despertar la conciencia de

(455) Expresamente, Sandel persigue llegar al establecimiento de una comunidad moral en la que se pueda «abandonar la justicia como inútil, sustituyendo su lugar por virtudes más nobles» (citado por GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 53). Cfr. además, CORTINA, *Ética sin moral*, p. 129 y ss. Críticamente, también NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 169; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 161; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp 40 y 165; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 244. Recuérdese que la misma crítica era dirigida por Dahrendorf a Tönnies.

(456) Sobre todo ello, *vid.* THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, pp. 51 y ss. También NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 193-194, citando las tesis de Bloom.

(457) Así, WALZER, *Die kommunitaristische Kritik*, pp. 160-161. Dicho diagnóstico de la actualidad es especialmente mantenido por MacIntyre, en su obra *Tras la virtud*. Una exposición de su postura puede verse en THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 103 y ss.; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, pp.109 y ss.

actuación a partir de virtudes y hábitos altruistas, y no egoístas, respecto del bien común. Así, frente a la “enfermedad” del pluralismo, algunos comunitaristas optan por la terapia del retorno a la comunidad premoderna, en la cual la cooperación social y el respeto a las leyes no se basaría en razones de beneficio y satisfacción mutua, sino en la identificación moral con un bien común y con la organización política conformada y dirigida a tenor del mismo, entendida al modo del Estado ético hegeliano, el cual no aparece constituido por la autonomía y el interés de los individuos, sino que, por contra, es *constitutivo* de dicha autonomía e intereses (458). La integridad de la comunidad, conformada en torno a los valores y convicciones que constituyen moral y políticamente a los individuos, debe ser el primer bien a proteger, al cual deben supeditarse los derechos individuales cuando entren en conflicto con la misma (459).

Pero dicho retorno a la comunidad, sugerido como remedio a la descomposición moral y cultural, resulta contrario a la realidad y es, por ello, reaccionario. Como ya fue dicho, las sociedades actuales están surcadas por diversas e irreconciliables concepciones del bien, por diversas comunidades morales, por lo que la búsqueda de esa homogeneidad perdida sólo puede realizarse a costa de la opresión y de la vulneración sistemática de la autonomía individual. El liberalismo es, en gran medida, una consecuencia del pluralismo, por lo que sólo sus tesis políticas están capacitadas para acoger la complejidad de las sociedades actuales. En cualquier caso, si el medio de curación propuesto por los comunitaristas se demuestra inviable, el diagnóstico, despojado de su retórica apocalíptica, parece revelarse bastante contundente respecto de la estabilidad fáctica del proyecto liberal. ¿Cómo puede mantenerse la estabilidad política —el respeto a las normas y a los principios de justicia consensualmente acordados— en una sociedad que se constituye sobre seres puramente autointerésados, dispuestos siempre a hacer prevalecer su propio interés personal frente a necesidades del bien común, entre los que no existen otros vínculos que el reconocimiento formal y contingente de una

(458) Sobre las diferencias entre la concepción de Estado en liberales y hegelianos, cfr. RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, pp. 55 y ss. Desde el ámbito sociológico, cfr. la oposición de WEBER, *Soziologische Grundbegriffe*, pp. 69 y ss., entre los modelos de relación social *Vergemeinschaftung* y *Vergesellschaftung*.

(459) Un análisis similar en GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 39 y *passim*; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 29 y ss. y 253 y ss. Vid. también NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 142: «La comunidad... no es un instrumento para la satisfacción de intereses individuales, sino algo que es constitutivo de esos intereses y aun de los propios individuos.»

mutua autonomía y libertad? Se afirma, así, que una sociedad y un orden político construido sobre semejantes pilares, sin un sentido patriótico de pertenencia a un proyecto común sobre el cual orientar la vida pública y, por tanto, sin una lealtad incondicionada a la comunidad y sin una disposición al sacrificio de intereses individuales en aras del bien común, están condenados a su desintegración.

Resulta indudable que, en un nivel teórico, una organización social y política como la liberal, basada en el interés racional y emancipado de los individuos, en la pluralidad de las convicciones morales y en la legitimación del poder público condicionada al respeto efectivo y permanente de los principios de justicia, la estabilidad se presenta más precaria y débil que en una (hipotética) comunidad homogénea en la que entre el individuo, la sociedad y el Estado existe una unidad valorativa y una identidad uniforme (460). No hay duda de que modelo hobbesiano del hombre económico, como individuo únicamente interesado en la satisfacción *inmediata* de sus intereses, no es válido para explicar el establecimiento de un orden estable. Pero ese hecho es generalmente asumido por los propios liberales. Ya vimos que Rawls concebía a la persona como poseedor de dos facultades: no sólo la facultad de ser racional –de perseguir sus propios fines–, sino también la facultad de ser razonable, como cierta capacidad y disposición hacia la cooperación justa por parte de los individuos. Y dicha facultad de cooperación, consecuencia de la autonomía política, es entendida por el liberalismo actual también como un factor de estabilidad, siendo elevada al mismo grado de importancia que la facultad de lo racional (461). La persona, entonces, no sólo es considerada un maximizador de intereses personales a corto plazo, sino también, si se quiere llamar así, un *hombre político*, un ciudadano consciente y responsable de sus deberes públicos. Se afirma, así, que la justificación política rawlsiana no se basa en «egoístas racionales», sino en «personas racionalmente éticas», los cuales se reconocen mutuamente como ciudadanos libres e iguales y asumen con ello que las instituciones políticas deben proteger de forma equitativa los intereses de todos los ciudadanos (462). El Estado no es, entonces, un fin en sí mismo, pero tampoco es un mero medio; en el liberalismo democrático el Estado *legítimo* es un bien público, social, el cual ha de ser mantenido y desarrollado por todos los ciu-

(460) Cfr. BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 191 y ss.

(461) NAGEL, *Conflicto moral*, p. 91. En el mismo sentido, FORST, *Kommunitarismus und Liberalismus*, p. 198.

(462) Así, HINSCH, *Einleitung*, p. 17.

dadanos responsablemente, siempre que el Estado cumpla con sus exigencias de justicia (463). Por ello, también en una sociedad liberal y democrática, los ciudadanos poseen ciertas «virtudes políticas», pero éstas, a diferencia del comunitarismo, no están basadas en vinculaciones morales fuertes e irrazonadas respecto del *ethos* de la comunidad concreta, sino que responden a presupuestos universalistas, basadas en el reconocimiento mutuo de autonomía como *personas*, y no como miembros de una comunidad concreta. Y estas virtudes partirían de la facultad de lo razonable, y serían las de la cooperación social, de la tolerancia recíproca y de un sentido desarrollado de la justicia, así como en la disposición de los ciudadanos a justificar sus argumentos por medio de la razón y no de la fuerza, en el marco del discurso político público (464).

No obstante, esa virtud de lo razonable no hace perder al individuo el carácter de racional, de autointeresado (465), convirtiéndole en un ser altruista y desinteresado, que sacrifique su libertad individual en aras de una voluntad general; por el contrario, la razón de ser de la cooperación y el entendimiento radica precisamente en la posibilidad de alcanzar un orden superior de estabilidad en el cual cada uno pueda satisfacer sus propios intereses pacíficamente, con la *confianza* de que terceras personas no atentarán contra los mismos, puesto que podrán obtener, a su vez, la satisfacción de sus propios

(463) Cfr., por ejemplo, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 178; BAURMANN, *Der Markt der Tugend*, pp. 655 y ss.

(464) FORST, *Kommunitarismus und Liberalismus*, pp. 198-199.

(465) En este sentido debe entenderse la noción de «persona racionalmente ética» citada más arriba: la facultad ética —que quizá, para resaltar su connotación pública, haríamos mejor en denominar «política»—, no responde al modelo del imperativo categórico, incondicionado, sino al de un imperativo hipotético, condicionado por tanto a determinadas circunstancias exteriores a su voluntad, como a continuación se expone. Sobre esa concepción de ser «moral», cfr., por ejemplo, GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 112: «La cooperación requiere alguna forma de restricción real. Si consideramos que la moralidad tiene que ver con la disposición a cooperar, entonces la moralidad será (o al menos incluirá) aquella parte de la teoría de la decisión racional que se ocupa de la formulación de principios para la interacción cooperativa». Conviene destacar que la concepción de lo «razonable» de la que me sirvo, si bien no tanto del primer Rawls, dista en alguna medida de la concepción mantenida en la actualidad por este autor, quien en dicha capacidad de los sujetos acentúa el carácter moral de la acción —brevemente: *pacta sunt servanda*—. Frente a ello, me aproximo quizá más a la postura de Gauthier, quien, sin negar dicha tendencia a la cooperación en condiciones de equitatividad, pretende fusionar moralidad y racionalidad: los sujetos cumplen los pactos establecidos, es decir, actúan moralmente, *porque* es racional actuar así. Sobre diferencias entre Rawls y Gauthier en este punto, puede verse ZIMMERLING, *Doxa* 6 (1989), pp. 50-51.

intereses (466). Ello implica que el que los demás obtengan sus intereses forma parte de lo deseable para *Ego*, puesto que ello revertirá en la satisfacción de los suyos (467), de igual modo que lo será el respeto al principio de igualdad en la distribución de cargas y beneficios, puesto que ello evitaría conductas egoístas a corto plazo (468); pero implica también que, dado que la disposición a la cooperación sólo tendrá sentido para *Ego* si ello viene a redundar en la satisfacción de sus intereses a más largo plazo, requisito para dicha cooperación habrá de ser, de una parte, la expectativa de que los demás individuos con quienes *Ego* interactúa en la cooperación serán, a su vez, razonables (469); de otra, que el Estado no vulnere las exigencias de justicia. Es decir: que ninguno de los participantes en el pacto quebrante las reglas del juego (470). En suma, la cooperación, y el Estado, es un bien social de orden superior, pero su calidad de bien y, por tanto, su pretensión de respeto y legitimidad, vendrá siempre condicionado por la sumisión de su actuación a los términos de la justicia: libertad e igualdad.

Y es dado el presupuesto de la satisfacción de los intereses privados como exigencia previa para la cooperación, por lo que la expectativa de que los ciudadanos acomodarán su conducta a las normas bajo criterios de razonabilidad no aparezca muy sólida desde los pro-

(466) Conviene resaltar que la noción de racional y *autointeresado* en Rawls excluye expresamente la "envidia". Cfr., sobre ello, RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 585 y ss. Sobre la relevancia de la ausencia de envidia en la racionalidad de la cooperación, cfr. AXELROD, *La evolución de la cooperación*, pp. 110 y ss. La idea de la cooperación como fruto del interés aparece claramente expuesta en GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 107, quien, tras una serie de análisis basados en el dilema del prisionero, concluye que «idealmente, un individuo cuyo objetivo es egoísta (que le vaya lo mejor posible), debe esperar que le vaya mejor como cooperador que como egoísta».

(467) GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 106.

(468) GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 114.

(469) Por el momento, cfr. sólo RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 376, y GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 113: El cooperador «debe pensar no sólo en sí mismo, sino en todos los demás: dado que su adhesión al principio va a quedar condicionada a sus expectativas sobre la adhesión de los demás, debe esperar que ellos también estén convencidos de su aceptabilidad».

(470) Por todos, BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 223 y ss., y *passim*, quien desarrolla, dentro de la sociología, un modelo de sociedad liberal que, permaneciendo dentro de los límites del individuo autointeresado, esté basado en una cooperación estable entre individuos racionales complejos capaces de cooperación colectiva mutuamente beneficiosa. Posteriormente se incidirá en ambos modelos de racionalidad, así como en las condiciones de cooperación, al aplicar estos criterios como motivos para la acción respecto del acatamiento de las normas penales.

pios presupuestos liberales. Y ello porque esa disposición a la cooperación puede verse truncada con facilidad por la persecución del interés inmediato. No en vano, un problema importante al que se enfrenta la teoría liberal es la posibilidad de lidiar con la figura del *free rider*, del sujeto que se sirve de la cooperación de los demás para no cooperar él y, aprovechándose de las condiciones de estabilidad, obtener a su costa sus propios intereses (471). Expresado de otra forma, la tendencia cooperativa de lo razonable corre siempre el riesgo de verse anulada por la inercia egoísta de lo racional. Una de las consecuencias de este hecho es especialmente relevante para el Derecho penal: la necesidad de establecer medios coercitivos para motivar coactivamente a comportamientos acordes a las reglas de cooperación a quienes no estén dispuestos voluntariamente a ello (472). Es indudable, como se dijo, que en una comunidad tejida en torno a valoraciones y afectos «densos» constitutivos de la personalidad moral de las personas —una comunidad religiosa, por ejemplo—, las expectativas de que los demás acomodarán su conducta a las disposiciones morales o religiosas que rigen la convivencia serán mucho más seguras. De hecho, podría afirmarse que en dichas comunidades los principios de la justicia e incluso un Derecho coercitivo ocuparían un lugar secundario, puesto que no sería tan necesaria su aplicación. Pero dichas comunidades son utópicas, y más bien propias de una utopía negativa, ya que, dado el hecho del pluralismo y la multiplicidad de fines e intereses personales existente en las sociedades actuales, el intento de establecer dichas comunidades llevaría a procesos de «comunitarización» forzada y de exclusión —simbólica o real— de los disidentes. Es desde dicho pluralismo —el cual es, inevitablemente, factor de inestabilidad— por el que se hace preciso el acuerdo sobre reglas justas de juego que todos puedan acatar, lo que sólo puede venir dado a través de apelar a la elección racional de los individuos. Sólo los principios del liberalismo: autonomía, cooperación racional y tolerancia, están en disposición de compatibilizar el pluralismo y complejidad de las sociedades actuales con la siempre difícil aspiración a la estabilidad.

Es importante resaltar, por último, un elemento más que marca notables diferencias en relación a la forma en que comunitaristas y liberales persiguen la estabilidad del orden social y jurídico. Y este

(471) Sobre esa figura, cfr., entre otros, ZIMMERLING, *Doxa* 6 (1989), p. 56 (empleando el término de «polizón»); GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, pp. 90 y ss.; WITTIG, *ZStW* 107 (1995), p. 263 («Schwarzfahrer»).

(472) Así, por ejemplo, RAWLS, *Der Bereich des Politischen*, p. 351.

radica en el ámbito de los *límites* a que ha de estar sometida la labor coactiva del Estado. Así, mientras en el comunitarismo la prioridad del bien común puede permitir la vulneración de principios individuales en aras de la integración social, la prioridad de los derechos individuales –de esos «derechos de defensa»– en el liberalismo excluye toda posibilidad de funcionalización de los mismos con vistas a satisfacer supuestos intereses colectivos. Es indudable que en muchas ocasiones intereses colectivos e intereses individuales concurrirán en una situación de conflicto –como muestra el clásico binomio prevención/garantías en el ámbito de la pena–, y que dar prioridad a los primeros sobre los segundos coadyuvará a cohesionar los vínculos de la comunidad y, por tanto, a su estabilización. La menor capacidad del liberalismo en materia de estabilidad del orden social viene precisamente debida al escrupuloso respeto a los derechos individuales; a que, en situaciones de esa índole, no resultará justificado el sacrificio de los mismos para obtener una mayor estabilidad valorativa o emocional del colectivo. A diferencia del comunitarismo, en un sistema político liberal la estabilidad no puede obtenerse a cualquier precio. No obstante, es preciso plantearse si esa estabilización emocional coyuntural no se convertirá, a más largo plazo, en factor de inestabilidad. Con ocasión de la crítica a las teorías de la prevención general positiva, sobre la que a continuación me ocupo, se incidirá en estas cuestiones.

2. Los fines del Derecho penal desde el liberalismo político

A. PRESUPUESTOS DE UN DERECHO PENAL LIBERAL. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL

Tras la exposición anterior de algunos puntos esenciales del debate entre comunitaristas y liberales podría quizá establecerse una caracterización más nítida de las teorías de la pena y del Derecho penal reconducibles a presupuestos comunitaristas o, al menos, que responden a planteamientos no liberales, ya por los fines inmediatos o mediatos que persigue la pena y el Derecho penal, ya por los medios articulados para ello. En este sentido, la misión ético-social y la del fin de integración pueden contemplarse desde una misma perspectiva crítica: ambas concepciones tienen su origen en una similar comprensión de la sociedad como un todo orgánico cohesionado en torno a valores, desde la cual el Estado es una prolongación funcional de la comunidad en orden al mantenimiento de la estabilidad moral y afectiva del grupo, requisito imprescindible –según la tesis

de la desintegración comunitarista— para el mantenimiento y pervivencia sin fisuras de la propia comunidad. El orden normativo del Derecho penal es concebido como extensión del sustrato valorativo que otorga identidad a la comunidad, por lo que la relación de los miembros de la misma con las normas no ha de ser sólo de respeto externo, sino que ha de estar basado en una identificación interna; a los destinatarios de las normas no se les exige ordenar sus acciones de manera acorde con los mandatos jurídicos, sino que se pretende generar una actitud de fidelidad, conformando el fuero interno de los ciudadanos de acuerdo a los valores plasmados en las normas.

El empleo del *ius puniendi* como instrumento estabilizador de la conciencia colectiva aparece de la forma más nítida en el llamado fin de integración. En él, como vimos, se pretende crear un estado, un clima de identificación colectiva a partir del rechazo al disidente, aunando los afectos irracionales por medio de la satisfacción de los instintos de cólera y venganza motivados por la acción perturbadora de la estabilidad. El delincuente es empleado, así, como chivo expiatorio, siendo excluido simbólicamente de la comunidad. La integración de la conciencia colectiva se produce, entonces, a través de un proceso de identificación/exclusión, por medio del cual la comunidad refuerza sus lazos de pertenencia a través de la estigmatización del delincuente y su distanciamiento simbólico del grupo (473), funcionalizándose, en suma, los derechos individuales del delincuente en aras del bien colectivo de la estabilización moral y afectiva del grupo. Ello conllevará también notables consecuencias respecto de la distribución de la pena a imponer, pero antes de entrar en esa cuestión, conviene resaltar algunas paradojas a que se ve enfrentada esta teoría. Ya vimos que la misma es, en gran medida, heredera del funcionalismo sociológico de Durkheim, desde el cual, y como tal sociología, el delito no era tanto contemplado como una acción prohibida, por ser lesiva para intereses individuales, sino como un mero fenómeno social más, relevante en función de su influencia en la colectividad como conjunto. Desde esa comprensión, el delito, como acción que perturba el estado de la conciencia colectiva, es concebido, en realidad, como un fenómeno funcional, ya que la indignación y la «cólera pública» que genera crea procesos de identificación colectiva y de cohesión en torno a dichos sentimientos irracionales, procesos tras los que, con la canalización de los sentimientos de venganza en el castigo, la cohesión e integración de la comunidad se verá más reforzada que antes del acaecimiento del delito. El delito es un fenó-

(473) En el mismo sentido, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, pp. 103-104.

meno normal de todas las sociedades, porque sin la existencia del delito la misma sociedad se disgregaría, afirma Durkheim (474). En este sentido, las teorías que dan prioridad valorativa a la estabilización del colectivo sobre los intereses individuales, en las que, por tanto, el delito no será lesión de un bien jurídico, sino antes perturbación del clima emotivo o moral, se ven enfrentadas a asumir el delito como algo cuya existencia no es en sí negativa, a pesar de que suponga una lesión para importantes derechos subjetivos (475). La segunda paradoja a que se enfrenta esta comprensión de la pena es que, siguiendo su lógica argumental, llevaría a una imparable escalada punitiva, a un derecho penal máximo. Según presupuestos de psicología profunda, de los que se parte, para que se dé la producción en las conciencias de los individuos de esas tendencias agresivas y de indignación y venganza hacia el delincuente, la acción delictiva cometida debe estar asumida por los ciudadanos como un tabú. Entonces, la «tabuización» por medio del Derecho penal de conductas que no han sido internalizadas por otros medios de control social terminaría por generar la creación de necesidades de venganza no existentes previamente, ya que al proscribir la conducta como tabú se asentaría el instinto de agresión respecto de su vulneración (476). Baste el fenómeno de demonización de las drogas ilícitas para corroborar ese hecho. Puede decirse, así, desde la propia argumentación psicoanalítica, que «la moralización engendra violencia». Un Derecho penal que responda a esos presupuestos llevaría, como digo, a una concepción máxima del mismo, operando como un instrumento de progresiva creación/satisfacción de necesidades de venganza.

Ya vimos que característico de las teorías de ascendencia comunitarista (477), en las cuales la estabilización del orden social es realizada a través de la confusión del Derecho y la moral –tanto en relación a la creación de normas, como a los procesos psico-sociales de motivación a las mismas– y de la supeditación de los intereses individuales –en este caso, del delincuente– a la integración de la conciencia colectiva por medio de la satisfacción de pulsiones emoti-

(474) Sobre el carácter funcional del delito en la concepción de Durkheim, puede verse, GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, pp. 63 y ss.; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, pp. 109 y ss.

(475) En sentido similar, KIM, *Zur Fragwürdigkeit*, p. 29; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 122.

(476) En sentido similar, MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 44.

(477) La relación entre los postulados de Durkheim y el comunitarismo, por lo demás evidente, es puesta de manifiesto por MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 229 y ss.

vas, era la asimilación funcional del Derecho con otros medios informales de control social. Ello, que tiene lugar de manera evidente en estas concepciones del *ius puniendi*, que entienden el Derecho como un instrumento de educación moral colectiva, genera una conversión de lo que, en terminología de Merton, son funciones manifiestas en funciones latentes. Característico de las primeras es que son efectos buscados expresamente a partir de la decisión intencional de un agente y que responden, por ello, a procesos cognitivos racionales y, por tanto, intersubjetivamente comprensibles y susceptibles de diálogo y aceptación por parte de los afectados; por el contrario, las funciones latentes se configuran como la producción de ciertos fenómenos que asimismo son, dentro del funcionalismo en el que esta distinción surge, funcionales a la estabilidad del sistema, pero que sin embargo se producen sin la intervención intencional de un agente por medio de procesos cognitivos espontáneos, que operan normalmente a un nivel inconsciente, los cuales no son perseguidos o reconocidos instrumentalmente, por lo que carecen de la base de racionalidad necesaria para ser sometidos a discusión pública e intersubjetiva (478). Con la conversión de lo que son funciones latentes en funciones manifiestas, es decir, con la decisión normativa de perseguir instrumentalmente la producción de esos mecanismos inconscientes, se asumen dichos fenómenos incontrolados e informalizados como criterios legitimadores de la pena. Tal como ocurre con la teoría del fin de integración, ello lleva a hacer perder el carácter formalizado y diferenciado de otros medios de control que caracteriza al Derecho, y a dotarlo de una peligrosa carga de irracionalidad que opera en serio detrimento de la seguridad jurídica y del respeto de las garantías individuales (479). Como respecto de estas teorías se ha afirmado, las mismas no son sino una «racionalización encubridora del funcionamiento de dichos mecanismos irracionales» (480), lo

(478) Sobre ello, puede cfr. NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 122; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 220-221.

(479) El carácter de medio *formalizado* de control social ha sido especialmente destacado por HASSEMER, *Einführung*, p. 294; el mismo, *Fines de la pena*, pp. 134 y ss., HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 113 y ss. Crítico con dicha igualación funcional del Derecho penal con otros medios del control social se ha mostrado, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 229 y nota 206, quien ha resaltado la precarización de las garantías individuales a que ello conlleva, afirmando, siguiendo a Naucke, que «cuanto más en relación se ponen Derecho penal y mecanismos del control social, más peligro corre la formalización, esto es, las garantías individuales».

(480) LUZÓN PEÑA, *Prevención general y psicoanálisis*, p. 153. Crítico también con el fin de integración, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 235

que vulnera el principio de autonomía política, y pervierte la idea de un Derecho penal democrático, que debe su legitimidad a la aceptación racional por sus destinatarios, degenerando en un Derecho autoritario y tecnocrático. Como tuvimos ocasión de ver, una diferencia esencial entre el liberalismo y el comunitarismo era que en el primero, el mandato de la autonomía política exigía que el ordenamiento jurídico, tanto sus normas como sus medios, fuera susceptible de reconocimiento por el acuerdo de todos los intervinientes en el tráfico jurídico-social, para lo que era preciso que el Derecho estuviera asentado en presupuestos racionales y respondiera a los intereses de los ciudadanos; en cambio, en la propuesta comunitarista o, más general, en toda concepción organicista, el Derecho encontraba su fuente de creación y, por ello, de legitimación, en la identidad colectiva de la comunidad, basada en los valores morales *de facto* vigentes en la misma, lo que llevaba a un proceso de fundamentación basado en presupuestos irracionales, no susceptibles de ser sometidos a la reflexión crítica de los individuos. Pues bien, dicha oposición racional/irracional puede también trasladarse al ámbito de los efectos de la sanción. En este sentido, se ha afirmado que estas concepciones de la prevención general positiva, las cuales responden a la asunción como *deber ser*, es decir, como fin legítimo de la pena, de procesos irracionales de socialización colectiva, deberían permanecer, para ser efectivas, como «teorías secretas», puesto que los procedimientos empleados por las mismas no serían aceptados racionalmente por los ciudadanos (481). Desde un principio democrático, debe resaltarse que una «política criminal orientada a la legitimación debería ir tendencialmente dirigida a la aminoración de dicha irracionalidad, en vez de a reforzar aún más la neurosis colectiva» (482).

Y similares objeciones pueden emitirse respecto de la función ético-social. Según la interpretación aquí realizada de la teoría de Welzel y H. Mayer, el origen de la misma radicaría en los presupuestos filosófico-políticos que caracterizan la concepción comunitarista de la sociedad y el Estado, especialmente a partir de su ascendencia hegeliana, desde cuyos presupuestos puede adquirir la misión ético-social su coherencia y legitimación interna. Así, las normas jurídicas supondrían la plasmación institucionalizada de los valores que dan

(481) Así, BOCK, ZStW 103 (1991), p. 653, en especial respecto de la concepción de la culpabilidad de Jakobs; en el mismo sentido, HÖRNLE/VON HIRSCH, GA 1995, p. 268.

(482) BÖLLINGER, KrimJ 1, 1987, pp. 33 y ss.

identidad a la comunidad, en los cuales habrían de identificarse los miembros de la misma y por lo que, dada además su legitimidad *a priori* como emanación del Espíritu objetivo, el Derecho se vería legitimado para «configurar las costumbres», para conformar las conciencias individuales en torno a esos valores, exigiendo actitudes de fidelidad –entendida como vinculación interna– a las normas, puesto que los ciudadanos, como miembros de la comunidad, han de identificarse moralmente con esas normas. Esta tesis, que es la que puede explicar el origen político de dicha concepción del Derecho penal, parecería verse, no obstante, desmentida por la interpretación posterior de la concepción welzeliana, y quizá por el propio Welzel, quien, oscilando, como se sabe, entre la influencia de la ideología alemana de los años treinta y el giro que en la concepción política de aquel país supuso la Constitución de Bonn, asumió la protección de los valores de la actitud ético-social no sólo dirigido al fin de la pervivencia histórica de la comunidad, sino como un medio más efectivo para la protección de bienes jurídicos. De esta forma, lo que en un origen aparecía como una concepción dirigida a fines inspirados en determinadas premisas filosófico-políticas pasó a entenderse desde una óptica instrumental, orientado el fin ético-social hacia la efectividad de fines en principio extraños a dichas premisas. Desde esta comprensión, apenas se distinguirían, en cuanto a los medios empleados, la función ético-social de la concepción psicoanalítica de la prevención de intimidación, en tanto en cuanto ambas persiguen la internalización de los valores que se hallan tras las normas jurídicas, la conformación del super yo, en términos psicoanalíticos, con el fin de una más efectiva evitación de conductas delictivas (483). Asumiendo de esta forma el fin ético-social, su crítica, al menos en relación al fin último, ya no podría reconducirse a los fines políticos del comunitarismo, pero sí puede realizarse desde premisas liberales,

(483) En todo caso, una diferencia importante, reconducible, a mi juicio, al diverso origen de ambas teorías, es que, mientras la prevención de intimidación psicoanalítica pone el acento preventivo en la amenaza de pena, orientada a *crear* instancias morales de obediencia, la concepción welzeliana otorga mayor peso a la retribución, precisamente por asumir que esa conciencia de fidelidad, esa identificación moral entre los miembros de la comunidad y el Estado, al modo de Hegel, existe ya de hecho en la colectividad, por lo que la pena impuesta proveerá, dado su carácter reactivo, al mantenimiento o *reafirmación* de la vigencia de esos valores. Cfr. WELZEL, *Strafrecht*, pp. 241-242: «Las teorías de la prevención general ven el efecto principal de la pena y, con ello, su función principal, en el influjo psicológico sobre la colectividad para la contención del delito (intimidación); ahora bien, en la medida en que, a propósito de ese influjo, se piense en la conformación y fortalecimiento del juicio ético, se trata de un efecto de la retribución justa y sólo de la retribución justa.»

puesto que, en cualquier caso, opera, tanto dicha teoría como la prevención de intimidación psicoanalítica, con los mismos medios y argumentaciones antiliberales de dicha teoría política –si bien, insisto, motivados por diferentes presupuestos: la primera en la filosofía política de corte hegeliana y la segunda en una racionalidad consecuencialista puramente pragmática–. En primer lugar, en ambas la supuesta mayor efectividad de la evitación de delitos se realiza a costa de la vulneración del ámbito de autonomía privada de los ciudadanos, al buscar no sólo un respeto externo a la norma, sino asimismo la internalización de las pautas valorativas de las normas y la consiguiente conformación del fuero interno. Y el carácter irracional que resulta de la equivalencia funcional del Derecho con otros medios de control social se traslada asimismo a la relación entre las normas y sus destinatarios, quebrantando el principio liberal que exige que el Derecho legítimo, en palabras de Habermas, sea «compatible con un modo de coerción jurídica que no destruya los motivos racionales de obediencia al Derecho» (484), limitándose a buscar, como ya se ha reiterado, una aceptación externa a las prescripciones jurídicas, y no fomentando actitudes de adhesión interna (485), estrategia que no puede sino calificarse de autoritaria e ilegítima. El tras-

(484) HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 187. Crítico con ese carácter irracional, entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 78, destacando, por contra, la premisa de racionalidad implícita en la prevención de intimidación clásica.

(485) En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 303: «Personalmente, estimo inconcebible que el Estado democrático acepte de buen grado que las normas penales se tomen como baremo de definición del ámbito ético y de lo antiético. El Derecho penal debe conformarse con proteger los bienes jurídicos mediante un respeto neutro a los principios sostenidos por él, sin tratar de fomentar fenómenos de adhesión personal». Contra la concepción del Derecho penal como factor de socialización y fortalecedor de actitudes éticas, se han manifestado asimismo ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 12; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 278; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 122; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 63; MIR PUIG, *Función fundamentadora*, p. 132; GARCÍA PABLOS, *Introducción*, p. 48: «¡Nada más peligroso... que confundir las fronteras del Derecho y la Moral, pretendiendo que el primero se convierta en reclamo de actitudes de adhesión y fidelidad!»; QUINTERO/MORALES/PRATS, DP, p. 88, entre otros. Contradictoria, por otra parte, resulta la opinión de CEREZO MIR, PG I (1997), por cuanto, tras formular la liberal declaración de principios de que «El Derecho penal no puede exigir... la moralidad en su aspecto subjetivo, es decir, *el cumplimiento de sus normas por la conciencia de su contenido valioso*, sino que tiene que conformarse con el acatamiento externo de las mismas aunque se realice por móviles egoístas. La moralidad subjetiva tiene que confiarla necesariamente a la libertad del ciudadano» (pp. 16-17), afirma en la página anterior que «La función jurídico-penal consiste esencialmente en el fomento del respeto a los bienes jurídicos. Para fomentar el respeto a los bienes jurídicos, *el Derecho ha de tratar de obligar a los ciudadanos en su conciencia, por su contenido valioso*, de habituarles a su cumplimiento (mediante su continuidad) y apelar, incluso, a sus intereses egoístas por medio de la coacción» (p. 15). (Cursivas añadidas.)

fondo político de ambas formas de entender la obediencia al Derecho es resaltado claramente desde la filosofía política: «Un régimen de libertad... funda la obediencia en móviles racionales y trata de elevar, en todo caso, los problemas políticos al nivel de la autoconsciencia. El autoritarismo, en cambio, confía en poder ocultar estos problemas en la zona de lo reprimido y promueve una obediencia a la autoridad de forma inconsciente» (486).

En suma, dichas concepciones de la prevención general conllevan la vulneración del respeto a la autonomía de los ciudadanos, tanto en su faceta de autonomía privada –por cuanto lo que se pretende es la internalización de los valores que se hallan tras las normas, la moralización del ciudadano– como en su faceta de autonomía política –por cuanto los mecanismos para esa moralización se basan en fenómenos inconscientes e irracionales, no susceptibles de reflexión crítica y aceptación intersubjetiva por parte de los ciudadanos, autores del Derecho en un Estado democrático–.

Frente a esa concepción, un Derecho penal liberal ha de estar basado en el respeto a dicha autonomía. Ello conlleva, primero, el principio de que el Derecho ha de sostenerse sobre presupuestos racionales, susceptibles entonces de ser sometidos a una discusión intersubjetiva, y, segundo, que el fundamento y los fines del mismo han de poder ser aceptados por todos los afectados. «Para respetar mutuamente nuestra libertad e igualdad como personas razonables y racionales, los ciudadanos de las democracias occidentales no hemos de hacer uso del poder coactivo del Estado contra nuestros conciudadanos excepto cuando quepa razonablemente esperar que lo admitan los sujetos coaccionados» (487).

La génesis de un Derecho penal de esas características podría formularse como sigue. Los coasociados, conscientes de que una libertad ilimitada implicaría a largo plazo la pérdida general de libertad y seguridad, tenderían a una razonable limitación de la propia libertad en aras de establecer los márgenes de libertad que han de ser respetados para que pueda desarrollarse la libertad de todos. Así, la existencia de normas que limitaran la libertad de todos, supondría, desde una ponderación basada en el autointerés, un mayor beneficio que un «estado de naturaleza», que una libertad ilimitada de todos. Indudablemente, para cada individuo lo más *racional* para su interés

(486) BILBENY, *Política sin Estado*, pp. 25-26, siguiendo a Kelsen.

(487) MULLHAL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 253. En el mismo sentido, entre otros, CORTINA, *Ética sin moral*, p. 181; RAWLS, *Der Bereich des Politischen*, p. 349.

sería que las normas rigieran sólo para los demás, y que no limitaran su ámbito de libertad (488), pero como ello no sería aceptado por los demás, lo *razonable* para todos, a partir de dicha tendencia al diálogo y a la cooperación, sería el acuerdo de unas normas que limitaran la libertad, siempre que ello revirtiera en un mayor beneficio para todos los participantes, al impedir que los demás vulneraran su ámbito de libertad y, por ello, siempre que esas normas rigieran para todos por igual (489). Pero respecto al acatamiento efectivo de esas normas, no obstante el compromiso implícito del respeto mutuo a la libertad, dicho acuerdo podría no ser por sí mismo suficiente para garantizar una convivencia segura, ya que, desde la perspectiva individual autointeresada, lo *racional* sería vulnerar la norma si ello conlleva un mayor beneficio personal; dado este hecho, el cual es conocido por todos los intervinientes en el pacto –puesto que todos son racionales y saben que los demás lo son– lo *razonable* sería el establecimiento de un sistema de medios coactivos, garante del respeto efectivo de las normas acordadas, que, dentro de unos márgenes mínimos –puesto que a mayor coerción y prevención, mayor pérdida de libertad para todos–, sirviera a dicho fin de protección. En consecuencia, no sería aceptable un fin de retribución, carente de efectos prácticos que beneficien a todos los participantes (490), sino que los coasociados optarían por un fin preventivo-general de la pena, que condicionara ya desde el momento de ir a realizarse las acciones de los ciudadanos, motivación producida por el hecho de que la vulneración de las normas no sería, desde la perspectiva del autointerés, racional (ya que la sanción conllevaría más cargas que beneficios) ni razonable (ya que vulneraría las reglas del juego), y que asegurara, en un grado aceptable, la protección del interés de cada uno frente a los ataques de terceras personas (491). Ello implicaría también que dicho fin de la pena habría de adquirir no sólo un carácter simbólico, sancionador del pacto, sino asimismo un carácter instrumental, dirigido a la efectiva protección de los intereses personales de los individuos.

(488) Así, ya BECCARIA, *De los delitos y las penas*, p. 45: «Si fuese posible, cada uno querría que los pactos que vinculan a los otros no nos vinculasen a nosotros»; también BAURMANN, *Strafe im Rechtsaat*, p. 124: «El mejor Derecho penal sería para él un Derecho penal que sólo rigiera para los demás».

(489) BAURMANN, *Strafe im Rechtsaat*, p. 124.

(490) Así, por todos, BAURMANN, *Strafe im Rechtsaat*, pp. 119 y 128.

(491) Así, desde esa perspectiva del acuerdo intersubjetivo, HOERSTER, Weinberger-FS, pp. 233 y ss.; VANBERG, *Abschreckung*, pp. 11 y 13; KINDHÄUSER, GA 1989, p. 498; BAURMANN, *Strafe im Rechtsaat*, pp. 122 y ss.

En páginas posteriores se intentarán desarrollar estas consideraciones; lo que ahora interesa es resaltar, como líneas generales de un Derecho penal liberal, que ese fin preventivo-general no podría estar basado, entonces, en mecanismos inconscientes e irracionales, ante los cuales no cabría una decisión libre y autónoma respecto del acatamiento de las normas. En suma, dichas funciones latentes quedarían vedadas como fines legítimos de la pena, ya que ni la intromisión en su autonomía privada ni el sometimiento de su libertad al servicio de la satisfacción de deseos irracionales de venganza de la colectividad serían racionalmente aceptados por los coasociados (492).

B. PREVENCIÓN Y GARANTÍAS. SOLUCIONES DE SÍNTESIS, SOLUCIONES DE CONFLICTO Y EL DOBLE FIN DEL DERECHO PENAL

Como fue expuesto con anterioridad, lo que caracteriza al liberalismo frente a otro tipo de teorías políticas o éticas, es la prioridad dada a los derechos individuales frente a todo tipo de satisfacción de intereses o fines supraindividuales. Estos Derechos se erigen como una barrera de protección frente a los intereses colectivos y la acción coercitiva del Estado que, a modo de un derecho de defensa, garantiza que principios como el de la dignidad humana o el de autonomía moral no puedan ser supeditados o funcionalizados para el fomento de esos bienes colectivos. Y sobre esos presupuestos ha de analizarse, no sólo los límites a la legitimación de los efectos que sobre la colectividad persigue la pena, sino también la cuestión relativa a la *distribución* de la pena, a la medida de punición necesaria para esa protección de bienes jurídicos y a sus límites materiales; en otras palabras, al conflicto entre prevención y garantías en el marco de la utilización de la sanción penal. En este ámbito, la discusión no enfrenta tanto al liberalismo y al comunitarismo –si bien, no obstante, la persecución de bienes colectivos como la comunidad misma frente a los intereses individuales responde al mismo criterio de racionalidad consecuencialista que el utilitarismo (493)–, sino a la oposición entre liberalismo y utilitarismo. Ya fue mencionado que el utilitarismo está basado en una racionalidad *teleológica*, caracteri-

(492) Cfr., por ejemplo, HOERSTER, Weinberger-FS, pp. 228-300; y BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 121-122 y 129 y ss., en relación a las necesidades irracionales de venganza.

(493) Cfr., por ejemplo, BILBENY, *Política sin Estado*, pp. 81-82, destacando que en los planteamientos autoritarios de Hegel el fin justificará los medios. *Vid.* también NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 212.

zada por derivar el juicio sobre la corrección de una acción en función de la satisfacción del mayor bien para el mayor número; frente a ello, en el liberalismo la fundamentación de principios y normas responde a un carácter *deontológico*, a partir de un acuerdo intersubjetivo basado en la razón práctica de los individuos y de carácter vinculante. Ello guarda relación con los dos criterios de legitimación que vimos en la introducción, la legitimidad instrumental y la legitimación valorativa, en el sentido de que, como afirma Maihofer, mientras la racionalidad instrumental responde a una perspectiva decisoria subjetiva –ya de carácter individual, ya colectiva, como es el caso de la sanción penal–, la racionalidad valorativa viene dada por una perspectiva decisoria *intersubjetiva* (494). En este sentido, se afirmó que lo que caracteriza a los criterios de la *Wertrationalität* es su legitimidad *con independencia de la satisfacción de resultados*, a diferencia de la racionalidad instrumental utilitarista, que sólo se orienta hacia dicha satisfacción. Desde la acción colectiva de la imposición de la sanción penal, ello se traduce en el binomio prevención/garantías, basándose la prevención en la satisfacción de resultados, en la efectividad, y respondiendo el establecimiento de las garantías a dicha lógica de decisión intersubjetiva, la cual, desde presupuestos liberales, estará basada en un acuerdo dialogado en condiciones de imparcialidad, a partir de la razón práctica y de los intereses individuales. Como suele afirmarse, entre la prevención y el respeto a las garantías individuales concurre una relación de conflicto; en este sentido, destaca Roxin que «la tensión entre la lucha preventiva contra la criminalidad y la salvaguarda liberal de la libertad es un problema cuya relevancia no es menor que en los tiempos de von Liszt» (495). Dicho conflicto viene dado porque a mayor eficacia preventiva, a mayor protección para la colectividad, menor protección para los potenciales delinquentes que vayan a caer en las redes del *ius puniendi* y, en suma, mayor reducción del ámbito de libertad de todos los ciudadanos. Como puede apreciarse, ello es consecuencia de la lógica implícita en la racionalidad utilitarista, en la que se fundamenta la sanción penal. Así, el utilitarismo ha tenido que enfrentarse siempre a objeciones relativas a la distribución del bien, ya que la maximización de la felicidad para el mayor número desa-

(494) MAIHOFFER, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, p. 27. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal*, pp. 21-22. Vid. asimismo, en general, sobre la fundamentación intersubjetiva de valores, por oposición a una concepción ontológica de los mismos, HOERSTER, *JZ* 1982, pp. 265 y ss.

(495) Cfr. ROXIN, *AT* 7/69. Especialmente sobre esa relación de conflicto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 180, y *passim*.

tiende la justicia en el reparto equitativo entre personas (496). En este sentido, las críticas que Rawls dirige a la doctrina utilitarista, y que son las que le llevan a elaborar una ética de naturaleza deontológica (497), parten precisamente del hecho de que el utilitarismo adopta «para la sociedad, como un todo, el principio de elección racional del individuo» (498), respondiendo a esa perspectiva de decisión subjetiva de la racionalidad instrumental y, por lo demás, comunitarista, y no intersubjetiva, de forma que los intereses individuales, en caso de entrar en conflicto con los de la colectividad, quedarán supeditados a la elección de la mayor satisfacción social. «El utilitarismo no considera seriamente la distinción entre personas» (499), resalta este autor; en suma, «el utilitarismo no es individualista» (500), sino que, por el contrario, como afirma Nino, poniéndolo también en relación con el sustrato del comunitarismo, parte «de un carácter agregativo y, por ende, holista» (501).

Por todo ello, puede asumirse que una perspectiva liberal en este ámbito se caracterizaría por el acuerdo intersubjetivo, en base al expuesto modelo del contrato social, de establecer principios limitadores que sirvieran como protección a potenciales delincuentes frente a la inercia preventiva, basada en intereses colectivos, del *ius puniendi*. Si bien al final del epígrafe volveré sobre ello, conviene adelantar ya que en el presente estudio no puede entrarse en profundidad en cuestiones como la relativa a la fundamentación y concepto del principio de culpabilidad. Por el contrario, a continuación me limitaré a exponer algunas posibilidades de relación entre la prevención y las garantías. En primer lugar se valorarán las teorías que, a la hora de legitimar la pena, operan exclusivamente desde el criterio utilitarista de la prevención efectiva, prescindiendo del establecimiento vinculante de garantías individuales como la culpabilidad o la proporcionalidad, por entender que desde la propia lógica preventiva pueden imponerse límites a la inercia preventiva estatal. Son las

(496) Críticas de esta índole sobre el utilitarismo pueden encontrarse en NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, p. 400; WILLIAMS, *der Begriff der Moral*, p. 102; FRANKENA, *Analytische Ethik*, p. 54.

(497) En relación a esto, afirma NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 400-401, que ha sido la generalizada insatisfacción hacia esos problemas del utilitarismo, lo que en los últimos años ha llevado a muchos autores —entre los que destaca Rawls, que defendió primero el utilitarismo (cfr. su artículo *Zwei Regelbegriffe*)— a elaborar teorías de naturaleza deontológica.

(498) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 45.

(499) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 46.

(500) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 48.

(501) NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 212.

teorías que, negando dicha situación de conflicto, establecen una solución de síntesis a la relación entre la prevención y las garantías.

Como se acaba de afirmar, lo que caracteriza a dichas *soluciones de síntesis* es la presunción de que no es preciso establecer límites externos a la propia lógica preventiva, puesto que ésta conlleva en sí misma su propia autolimitación, y consigue, por tanto, evitar situaciones como la punición de inimputables o en general la tendencia a la agravación del grado de la pena, situaciones que clásicamente han venido criticándose de la racionalidad utilitarista maximizadora de la prevención. Dentro de este grupo, pueden distinguirse a su vez dos concepciones, respondiendo cada una a las dos formas de prevención general.

En primer lugar, la solución de síntesis se defiende desde la prevención general negativa. Los defensores de esta postura sostienen que la prevención no ha de llevar a la punición de inimputables, puesto que la utilización de la pena sobre esa clase de personas no es preventivamente necesaria: desde la amenaza de pena, porque no son motivables por la misma; pero tampoco la imposición de una pena a un inimputable tendría efectos de intimidación sobre futuros delincuentes, y ello, se afirma, porque entre los individuos imputables se da un «proceso de identificación», lo que les permite diferenciar efectos preventivos con respecto a los inimputables. Se afirma, así, que «la impunidad del loco en nada relaja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los “imputables”; éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí que les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente» (502).

La solución de síntesis es defendida también desde la prevención general positiva. La forma de solucionar la tensión entre prevención y retribución de esta teoría presenta una especial particularidad. A diferencia de la concepción anterior, que prescinde de cualquier referencia a principios subyacentes a la retribución, esta forma preventiva atribuida a la pena extrae la veta utilitarista precisamente del propio pensamiento retributivo. La prevención general positiva hace suyo un hecho que ya venía evidenciándose desde hacía años en la concepción absoluta de la pena, consistente en la paradójica «persecución de fines y negación de fines» (503), en que tras la aparente desvinculación de todo fin latía cierto *telos* vinculado a la influencia

(502) GIMBERNAT, *Sistema*, pp. 176 -177; en igual sentido, el mismo autor, en *¿Tiene un futuro...?*, p. 157. Le sigue LUZÓN, *Medición*, pp. 38 y ss., 46 y ss.; el mismo, *Prevención general*, pp. 144 y ss.

(503) HASSEMER, *Fines de la pena*, p. 126.

de la pena en el colectivo social respecto a la vigencia del Derecho, mucho más mundano y contingente que la pretensión metafísica de justicia. El recurso a la funcionalidad del aspecto retributivo de que se nutre la prevención general positiva implica la asunción de una relación de reciprocidad entre utilidad y justicia: no sólo la pena útil es la pena justa, sino que también sólo «la pena justa es la pena útil». La prevención general positiva no busca producir efectos preventivos a través de la intimidación, sino que tal prevención se busca mediatamente, como ya vimos, a través de la pena impuesta, por medio de la estabilización de la conciencia jurídica colectiva y el restablecimiento del equilibrio psico-social alterado por el delito. Así contemplada, se afirma que sólo la pena ajustada a la culpabilidad puede ser aceptada socialmente y cumplir su misión de mantener la confianza y ejercer la fidelidad en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, a juicio de sus defensores, la prevención general positiva incorpora en sus fines su propia limitación y consigue evitar la tendencia al terror penal propia de la prevención de intimidación, ya que la punición de inimputables o la imposición de penas que superaran lo ajustado a la culpabilidad irían en detrimento de la aceptación del Derecho como orden justo por la comunidad (504).

Ciertamente, a primera vista las soluciones de síntesis se presentan más convincentes y operativas, en tanto en cuanto permiten atender a las exigencias garantísticas sin abandonar la fundamentación utilitarista –maximizadora de la prevención– que debe legitimar toda la labor de la institución penal, evitando además las a veces irreductibles antinomias que produce el enfrentamiento de principios opuestos propio de las soluciones de conflicto. Sin embargo, es la pretendida armonía con que se afirma que puede resolverse el permanente binomio utilitarismo/justicia la que genera dudas respecto de la viabilidad de tal propuesta.

Con respecto a las posiciones derivadas de la versión del utilitarismo clásico en Derecho penal, es decir, sobre la prevención de intimidación, ya Bentham se había esforzado por extraer límites a la

(504) Cfr. MÜLLER-DIETZ, Jescheck-FS, pp. 818 y ss.; ZIPF, Pallin-FS, pp. 308 y ss.; ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, pp. 11-12. *Vid.*, además, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 134, sobre la tesis de Nowakowski y Noll; pp. 263 y ss. y *passim*. Cfr. también MIR PUIG, *Función fundamentadora*, pp. 129 y ss., quien plantea la prevención general positiva atendiendo exclusivamente a sus límites frente a los excesos inherentes a la intimidación, rechazando, en cambio, las concepciones que pretenden servirse de dicho fin de la pena como fundamento y legitimación de la pena y del Derecho penal. *Vid. infra* en este epígrafe sobre esta posición.

misma sin abandonar el seno de su doctrina ética, afirmando que la prevención presupone un principio de responsabilidad, puesto que el efecto intimidatorio sólo puede producirse sobre personas capaces de comprender el sentido de la amenaza y actuar en consecuencia al mismo (505). Pero la ingenuidad de que pecaba esta postura la convertía en objeto de fáciles críticas. Así, Hart calificó los argumentos de este autor como un «espectacular *non sequitur*»: todo lo que demuestra con sus afirmaciones es que la *amenaza* de pena no tendría efecto sobre los inimputables, pero nada dice respecto del hecho de que la punición de un inimputable no vaya a tener efectos preventivos frente a eventuales terceros imputables, lo cual es, afirma el jurista anglosajón, perfectamente factible (506). No obstante, desde las filas de la prevención general negativa se ha dado respuesta a esa cuestión: es, como ha sido destacado, ese proceso de identificación entre imputables lo que permite separar cognitivamente efectos preventivos entre ambos grupos de individuos. ¿Pero hasta qué punto resulta convincente tal afirmación? Puede, en principio, ser plausible que los individuos accesibles al mandato normativo no deducirían una relativización de la amenaza si quedara impune un oligofrénico profundo, pero tal presunción pierde fuerza si nos referimos a otro tipo de inimputables como menores de edad, o si la impunidad es consecuencia de un error (invencible) de prohibición (507). Una teoría que pretenda fundar un límite firme, es decir, no contingente, a la punición indiscriminada de inimputables debe estar en disposición de demostrar que dicho límite puede justificarse en todos los casos, y no sólo generalmente. Además, para poder ofrecer un límite seguro, el razonamiento utilitarista sobre el fundamento de la limitación debe poder argumentarse también en sentido positivo: desde esta postura todo lo que se afirma es que «las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los “inimputables” queden exentos de responsabilidad criminal» (508), pero nada dice respecto de que la punición a un inimputable no haya de aumentar dicho vigor inhibitorio sobre los futuros delincuentes imputables. Y si no lo hace es porque, a mi juicio, no puede encontrarse dentro de la tendencia preventiva una razón convincente que permita dicha afirmación. En

(505) Sobre la postura de Bentham, cfr. BAURMANN, *Folgenorientierung*, pp. 19 y ss.

(506) HART, *Prolegomenon*, p. 19. Vid. también KIM, *Zur Fragwürdigkeit*, p. 107, citando a Burkhardt.

(507) Gimbernat extiende la idea de la identificación también respecto a los sujetos en error de prohibición. Cfr. *Sistema*, pp. 177-178. Críticas similares se encuentran en PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 149 y ss.

(508) GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro...?*, p. 157

otras palabras, si el único fin –y límite– de la pena es la intimidación no puede garantizarse que no vaya a aplicarse la pena a sujetos inimputables cuando ello sea necesario. Y, si lo que se pretende es garantizar la impunidad de estos sujetos en todos los casos, y no sólo generalmente, la afirmación de que tal necesidad se daría sólo en situaciones excepcionales no puede servir para justificar esta postura. Sin duda, contradice todas nuestras nociones de justicia el uso de la sanción penal sobre quien no ha podido tomar una decisión frente a la amenaza, pero se hace preciso un principio deontológico –es decir, inmune a las argumentaciones teleológico-preventivas– que pueda oponerse a la imposición de pena en estos casos. Ello se evidencia, por ejemplo, en la postura de Mir, quien, después de plantearse la posibilidad de derivar la responsabilidad penal desde el criterio de la (ausencia de) *necesidad* de pena, termina por fundamentar su idea de la motivabilidad normal en referencia a premisas deontológicas, afirmando que «es imprescindible introducir un momento *normativo* esencial: en un Estado social y democrático de Derecho no se considera *justo* llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad... el fundamento de dicha exclusión de la culpabilidad no puede verse en la imposibilidad total de prevenir los delitos, sino en un planteamiento *valorativo* que conduce a imponer un *límite* a la posibilidad de castigar a quien actúa sin culpabilidad... vulneraría el principio de *igualdad real ante la ley* el tratar a los inimputables desconociendo que carecen de dicha capacidad normal» (509).

Esta parece ser, en cambio, la postura de la segunda de las soluciones de síntesis, si, como hemos dicho, la prevención general positiva incorpora el pensamiento retributivo sin abandonar las premisas de cariz teleológico, y sólo desde la pena ajustada a la culpabilidad han de plantearse efectos preventivos. Se afirma, así, que la imposición de pena sólo sería necesaria cuando la impunidad del delincuente no pudiera asumirse por la población sin que se quebrantara su fidelidad al ordenamiento (510). Pero, desde un planteamiento consecuente de la prevención general positiva, dicha proposición debe también invertirse: si el fin del Derecho penal es la estabilización de la conciencia jurídica y el reforzamiento de la fidelidad al ordenamiento de la colectividad, habrá de imponerse una pena siempre que sea necesario para ese fin de estabilización, y el hecho de

(509) MIR PUIG, *Función*, pp. 85-86 (cursivas en el original).

(510) MÜLLER-DIETZ, Jescheck-FS, p. 818; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 12.

que se haya cometido un delito implicará *per se* una presunción del debilitamiento de la norma; asimismo, la distribución de la pena —a quién y cómo— vendrá exclusivamente dada por dichas necesidades. Como afirma Jakobs —quien, si bien su fin de la pena responde a premisas liberales, como ya se sostuvo, en materia de su distribución abandona toda atención a las garantías individuales—, la «culpabilidad se fundamenta en la prevención general... y se mide conforme a dicha prevención» (511). En otras palabras, el aspecto positivo —el «núcleo de verdad», en palabras de Jellinek— que yacía en la idea de retribución, consistente en la atención a la justicia de la medida del castigo, pudiendo así operar como límite a la tendencia expansiva de la lógica preventiva (512), es funcionalizado en aras de intereses preventivos, y lo que aparecían como premisas deontológicas pasan a convertirse en criterios de carácter exclusivamente funcional a dichos fines de estabilización, por lo que la potencialidad limitativa de las mismas es más que discutible: ¿cómo se resuelve el conflicto que surgiría si la aplicación de principios de justicia limitativos de la punición resultara disfuncional a dicha finalidad? ¿Habría de optarse por la punición de un inimputable si ello revirtiera efectos estabilizadores en el colectivo social? Desde la lógica exclusivamente consecuencialista que presenta este modelo la respuesta no puede ser sino afirmativa.

Respecto de esos pretendidos efectos preventivos que conlleva la misma aplicación de criterios de justicia propugnados por esta postura doctrinal, la cuestión decisiva a plantear es qué contenido se atribuye a esos criterios y desde qué instancia argumentativa son inferidos. En este sentido, cabe distinguir, dentro de la prevención general positiva, dos formas diferentes de interrelación entre prevención y culpabilidad: *fundamentación* y *compatibilidad*. Así, no es lo mismo afirmar que la culpabilidad se fundamenta en criterios preventivos, que afirmar que el mantenimiento del principio de culpabilidad —derivado de argumentos externos a la racionalidad utilitarista— será compatible con los efectos preventivos de la pena (513). Dicha

(511) JAKOBS, *Culpabilidad y prevención*, p. 78. Vid. asimismo, JAKOBS, AT 17/22, 17/31.

(512) Ese aspecto positivo de la idea de la retribución es puesto de manifiesto, entre otros, ya por JELLINEK, *Die soziaethische Bedeutung*, p. 105; también HART, *Prolegomenon*, p. 12; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 204; HASSEMER, *Fines de la pena*, pp. 125; BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 122 -123; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 206-207; BETEGÓN, *La justificación del castigo*, p. 332: «los principios del retribucionismo pueden representar una valiosa restricción de la poderosa razón del bien social frente al individuo.»

(513) La distinción procede de BAURMANN, *Folgenorientierung*, p. 26.

dualidad de criterios en la relación entre la culpabilidad y la prevención oscila y se mezcla en las diferentes concepciones mantenidas por la doctrina sobre la prevención general positiva, y viene a corresponderse con la distinción planteada por Mir Puig entre la función fundamentadora y la función limitadora de la prevención general positiva (514). Desde la posición fundamentadora, los principios garantísticos de justicia son vaciados de contenido deontológico, y su comprensión se obtiene, como ya hemos visto, exclusivamente de la racionalidad final preventiva: «la pena adecuada a la culpabilidad es, por definición, la pena necesaria para la estabilización de la norma», manifiesta Jakobs (515). Así, en esta concepción, la idea de justicia se tergiversa y modifica en aras de su contingente virtualidad funcional, para convertirse en el sentimiento psico-social de lo justo en una situación concreta, como vimos respecto de los autores partidarios del fin de integración. La idea de la retribución, de cuyos principios pretende partir este sector doctrinal, es concebida en realidad como la «necesidad social de retribución» (516). La estabilización de la conciencia del Derecho se realiza, entonces, aplicando la pena como medio para canalizar la necesidad individual o colectiva de retribución y venganza, o para satisfacer las a veces mediáticamente creadas exigencias de seguridad (517), por lo que las garantías hacia el individuo a quien se impone la pena se harán depender íntegramente del grado de indignación o repulsa o temor que despierte la acción delictiva en la opinión pública. Si el componente deontológico de la culpabilidad se transforma en teleológico, nada queda, por tanto, de la referencia garantística que se predicaba de los principios inherentes a la retribución (518).

Por otra parte, la pretensión de ofrecer una limitación frente a la tendencia al terror penal de la intimidación se muestra absolutamente ineficaz. Como acertadamente se ha objetado, dichas exigencias de

(514) Cfr. MIR PUIG, *Función fundamentadora*, pp. 129 y ss.

(515) JAKOBS, AT 17/31.

(516) Cfr., de nuevo, STRENG, ZStW 92 (1980), p. 649; ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140.

(517) Sobre la relación entre el sentimiento de amenaza y las exigencias de seguridad ciudadana con la tendencia al aumento de rigor punitivo, cfr, por ejemplo, HASSEMER, *El destino de los derechos del ciudadano*, pp. 189 y ss.

(518) Crítico con la sustitución de criterios garantísticos fundamentados en premisas axiológicas por la tergiversación de los mismos en función de exigencias irracionales de la colectividad, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 234 y ss. También LUZÓN PEÑA, *Prevención*, p. 154; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 182; BOCK, ZStW 103 (1991), pp. 636 y ss. (p. 647).

venganza pueden implicar un mayor grado de punición que el necesario para la intimidación (519); y lo cierto es que el hecho de que la punición de inimputables o inocentes pueda ser funcional a los fines de estabilización y pacificación social apenas puede dudarse (520). Respecto a la punición de inimputables, la síntesis que pretende la prevención general positiva respecto a la culpabilidad implica aún menor potencialidad limitativa que la prevención de intimidación. Así, mientras que esta última teoría, al otorgar el mayor peso preventivo al momento de conminación penal abstracta, permite al menos la posibilidad de individualizar la relación subjetiva del autor con su acción en base a la motivabilidad de éste frente a la norma, ofreciendo tras la normativización del juicio de atribución de responsabilidad un sustrato fáctico psicológico-individual empíricamente –al menos potencialmente– verificable (521), la prevención general positiva, al centrarse en el momento impositivo de la pena, renuncia o relativiza esa individualización, relacionando al autor con su acción desde los efectos psico-sociales que se presume que ésta genera en la colectividad. Ello se muestra con especial evidencia en las tesis de Jakobs (522), para quien, asumiendo una total normativización funcional de la culpabilidad, los criterios individuales –estado psíquico, motivabilidad, conocimiento de la prohibición, etc.–, son sólo relevantes en tanto en cuanto es posible resolver el conflicto (quebrantamiento de la vigencia de la norma) de otra forma que no sea la imputación del autor como responsable del mismo y la consiguiente imposición de la pena. Así, el quebrantamiento de la expectativa producido por la acción delictiva de un inimputable puede procesarse como si de una expectativa cognitiva se tratara, asumiendo la sociedad tal frustración y no siendo, por ello, precisa la

(519) Así LUZÓN PEÑA, *Prevención*, p. 149.

(520) Ello se manifiesta en el ejemplo hipotético de McCloskey, citado por NINO, *Introducción*, p. 430, empleado para demostrar las consecuencias a que puede llevar el solo pensamiento preventivo: en un pueblo del sur de los Estados Unidos se produce una violación de una mujer blanca por un negro que es imposible hallar y, ante la amenaza de los blancos de linchar a un buen número de negros, el sheriff utilitarista inventa pruebas sobre un negro inocente para satisfacer las ansias de venganza de la colectividad.

(521) Sobre la relevancia de criterios empíricamente verificables para la racionalización y control de la arbitrariedad en el Derecho penal, cfr. BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?*, pp. 206 y ss., 263; LÜDERSSEN, *ZStW* 107 (1995), pp. 893 y ss.

(522) Sobre lo siguiente, cfr. JAKOBS, *AT* 17/18 y ss. (concepto funcional de la culpabilidad y fines de la imputación subjetiva), 17/29 y ss. [fundamento y (negación de función de límite) de la culpabilidad], 18/1 (imputabilidad). Cfr. también la exposición de PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 160 y ss.

imposición de pena. Pero lo relevante no es, en sí, la condición de inimputabilidad del sujeto, ni, por tanto, su capacidad para motivarse frente a la norma, sino la forma en que la colectividad asume el conflicto; en otras palabras, si la acción de un inimputable es idónea para desestabilizar la conciencia jurídica social, si, en otras palabras, surge de dicha acción una necesidad colectiva de venganza o de seguridad —la cual es, por otra parte, imposible de verificar empíricamente, por lo que, en la praxis, la decisión se abandona totalmente al criterio del juez de turno—, el conflicto deberá solucionarse atribuyendo al autor inimputable la frustración de la expectativa: imponiéndose, por ello, la pena para estabilizar la vigencia de la norma (523). En suma, desde la versión de la prevención general positiva que pretende *fundamentar* sus propios límites toda garantía para el individuo desaparece en aras de la maximización funcional del fin de estabilización.

No obstante, es indudable que el sistema del Derecho penal, a la hora de tomar decisiones tanto legislativas como judiciales, no puede desvincularse de las representaciones de justicia asumidas por la sociedad. Y ello atendiendo tanto a razones pragmáticas como de legitimación: desde éstas, porque ya vimos que en un Estado democrático y liberal ha de partirse de que el Derecho —y con él el Estado— es un instrumento establecido por los ciudadanos para la satisfacción y protección de sus intereses; desde aquéllas, porque todo sistema normativo persigue el reconocimiento de sus normas y de sus consecuencias jurídicas como prescripciones y acciones racionales y razonables, y sólo cuando la actividad del Derecho penal armonice con las convicciones mantenidas sobre sus criterios rectores por la sociedad podrá consolidarse su aceptación y, por tanto, servir fructíferamente a los fines a los que está llamado. En este sentido, como se afirmó desde una perspectiva liberal, la estabilidad del Derecho penal, el respeto a sus normas, depende en gran medida de que responda al acuerdo hipotético que realizarían ciudadanos racionales autointeresados; en otras palabras: *la estabilidad dependerá de su legitimidad*. Tales son, en esencia, los fundamentos en los que se sostiene el criterio de la *compatibilidad* del principio de la culpabilidad con la finalidad preventiva, el cual parece corresponderse, como ya se mencionó, con la faceta limitadora de la prevención general posi-

(523) Críticas respecto a la postura de Jakobs en materia de culpabilidad se encuentran en STRATENWERTH, *El futuro*, pp. 112 y ss.; KIM, *Fragwürdigkeit*, pp. 96 y ss.; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 168 y ss., pp. 174 y ss.; SCHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad*, p. 160; ROXIN, AT 19/31 y ss.; HIRSCH, NDP 1996, pp. 31 y ss.

tiva resaltada por algunos autores (524). Desde esta posición se rechaza que la culpabilidad se fundamente únicamente en las necesidades de prevención, sino que se parte de que la culpabilidad, así como los criterios garantísticos implícitos o adyacentes a ésta, no son incompatibles con las necesidades de prevención, por el hecho de que dichos criterios limitativos –proporcionalidad, principio de responsabilidad subjetiva, principio de humanidad, etc.– se corresponden con las valoraciones de justicia mantenidas en la sociedad (525). En este sentido, no parece mantenerse, como la anterior versión de la prevención general positiva, que la pena haya de imponerse siempre que sea preciso y en el grado necesario para satisfacer los sentimientos de justicia (venganza), sino que se sostiene, por un lado, que las penas que sobrepasen las convicciones de justicia no podrán ser asumidas por la sociedad, fomentándose por tanto el no reconocimiento del Derecho –así Roxin (526)– o, por otro, que si el efecto preventivo no sólo ha de realizarse a través de la intimidación, sino también por medio de una «razonable afirmación del Derecho», la prevención habrá de limitarse por una serie de principios que deben restringir el Derecho penal en un Estado democrático de Derecho –así Mir Puig (527)–. A pesar de la semejanza terminológica con la versión fundadora de la prevención general positiva, lo cierto es que –al menos en la posición de Mir– esta comprensión parece acercarse más a las soluciones de conflicto que a las de síntesis. Aquí, en principio, ya no se sacrifican exigencias de justicia en aras de la sublimación, vía chivo expiatorio, de los impulsos agresivos de la colectividad, sino que se parte de la tesis de que los principios garantísticos –no funcionalizados– obtenidos de la tradición filosófica liberal y explícita o implícitamente plasmados en los textos constitucionales, son los

(524) Además de Mir Puig, pueden citarse –según el primero (las referencias bibliográficas son, en cambio, otras)– a ZIPF, Pallin-FS, pp. 479 y ss.; HASSEMER, *Einführung*, pp. 297 y ss.; el mismo, *Fines de la pena*, pp. 117 y ss. (pp. 132 y ss.); ROXIN, *Wiedergutmachung*, pp. 37 y ss. (p. 48); el mismo, AT 2/27, 3/36 y ss. No obstante, cabe dudarse de que estos autores asuman sólo una función limitadora de la prevención general positiva. Por un lado, prácticamente los tres admiten como fin legítimo la función ético-social, consistente en la internalización de los valores plasmados en las normas, fin que Mir Puig identifica con una concepción fundadora de la prevención general positiva (cfr. MIR PUIG, *Función fundadora*, pp. 132 y ss.). Por otro lado, en ocasiones oscilan entre el principio de culpabilidad como límite a la prevención y como correlato de la necesidad psico-social de estabilización.

(525) ROXIN, AT 3/47; MIR PUIG, PG 3/21.

(526) *Vid.* ROXIN AT 3/47; *Wiedergutmachung*, p. 48. Similar, MÜLLER-DIETZ, Jescheck-FS, p. 818.

(527) MIR PUIG PG 3/21. Similar, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 288 y ss.

mantenidos por la sociedad en sus expectativas respecto a la actuación del poder punitivo estatal; y sólo a partir de esa tesis puede afirmarse el efecto preventivo de aceptación del ordenamiento. Lo acabado de afirmar se hace patente, por ejemplo, en la postura de Pérez Manzano, cercana a la de Mir en este punto, cuando pone de manifiesto que la puesta en práctica de criterios de prevención especial en la ejecución de la pena vendrá justificada en orden a la satisfacción de las exigencias sociales de justicia, ya que el hecho de que dicha función de la pena venga acogida por la Constitución española «puede ser interpretado como el resultado de un consenso sobre la necesidad de tener en cuenta la resocialización del delincuente» (528). Como puede apreciarse, poco tiene que ver la noción de justicia mantenida por estos autores con el basado en la estabilización social a partir de la satisfacción de necesidades irracionales de venganza. La referencia a la idea del *consenso* puede permitirnos profundizar en esa diferencia. Así, mientras la funcionalización de las garantías individuales sirve a la *producción* coyuntural de consenso social, esta última posición, de talante liberal, parece asumir principios *obtenidos* en un consenso previo, y es esta premisa la que permite afirmar a estos autores que la atención a dichos principios operará en consonancia con las valoraciones mantenidas por la sociedad, motivando, en consecuencia, a un reconocimiento a largo plazo del Derecho y sus instrumentos. Respecto de ello, debe resaltarse, no obstante, que, como ya vimos, los modelos de contrato social como el rawlsiano operan como un procedimiento de *legitimación* de instituciones públicas; por ello, es de carácter ficticio, basado en lo que los ciudadanos, empleando su capacidad reflexiva mutuamente atribuida, hipotéticamente acordarían; no responde, entonces, a la idea de un consenso fáctico producido en un momento concreto. Ello es lo que otorga el carácter deontológico de validez normativa a los principios y normas acordados, los cuales no verán su validez comprometida en función del «estado cognitivo de justicia», por llamarlo de alguna forma, existente en la sociedad en un momento dado, perteneciente al ámbito fáctico. Así, ese tipo de consenso hipotético no debe confundirse con el consenso fáctico y efectivo a corto o a largo plazo; es decir, como resaltaba Rawls, el ámbito de la legitimidad no debe confundirse con el de la estabilidad. Es indudable, como vimos, que la legitimación basada en principios de justicia había de tener su relevancia en relación a la estabilidad (529); según Rawls, un orden justo

(528) PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 273-274.

(529) Así también, WITTIG, *ZStW* 107 (1995), pp. 256-257.

tendería a la autorreproducción de su propia estabilidad. Ello podría llevar a asumir, con cierto grado de plausibilidad, que un orden justo será, en general y a más largo plazo, más estable que uno injusto, por lo que en la justicia —en los principios garantísticos— cabría hallarse una vertiente pragmática (530). Así, cabría mantenerse que, si bien la punición sometida a las exigencias irracionales de venganza fomentaría a corto plazo una estabilidad coyuntural, a largo plazo degeneraría en inestabilidad, puesto que la imagen que la colectividad se formaría del *ius puniendi* sería la de un instrumento opresor y coactivo (531). Por el contrario, es sólo en el sentido de justicia como presunción de estabilidad a largo plazo, como sería aceptable la tesis de la prevención general positiva de que la justicia ejerce un efecto preventivo, tesis más plausible quizá en su vertiente negativa —que viene a ser la mantenida por la faceta limitadora de la prevención general positiva—, la cual afirma que una pena que resulte a todas luces injusta resultaría ser preventivamente contraproducente, puesto que minaría la confianza en el Derecho como un orden legítimo y sometido a principios de justicia (532). Pero lo que debe destacarse es que el establecimiento de principios garantísticos bajo ese acuerdo hipotético responde al ámbito de la legitimación, y no al de la estabilidad. Expresado de otra forma: el respeto a las garantías individuales, si bien es factible afirmar su *compatibilidad* con una estabilidad pro futuro, no puede *fundamentarse* en consideraciones preventivas, sino en un razonamiento basado en la justicia; sólo así cabría atribuirle carácter deontológico —independiente de la satisfacción de resultados— y proscribir que su contenido pudiera verse funcionalizado en aras de obtener una estabilidad inmediata, lo que ocurriría si el fundamento de dichas garantías fuera teleológico. Así, por ejemplo, afirma Antón Oneca que la pena justa es la pena ejemplar (533). Pero hay una gran diferencia entre sostener que la pena es ejemplar porque es justa, a sostener que la pena es justa porque es ejemplar. Siguiendo su terminología, lo que quiere afirmarse es que la pena

(530) En este sentido afirma NAGEL, *Conflicto moral*, p. 91: «“Justificación” no quiere decir aquí “persuasión”. Es un concepto normativo: los argumentos que justifican pueden no persuadir si se dirigen a una audiencia poco razonable, y los argumentos que persuaden pueden fracasar como justificaciones. Sin embargo, las justificaciones confían en persuadir a los razonables y, por lo tanto, esos intentos tienen un objetivo práctico: el acuerdo amplio en torno a los principios que subyacen a un orden político favorece la estabilidad política.»

(531) Así, entre otros, VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 134.

(532) Así, por ejemplo, KUNZ, *ZStW* 98 (1986), p. 832.

(533) ANTÓN ONECA, *La prevención general*, p. 93.

justa podrá ser ejemplar, y conllevar así un efecto preventivo, pero, dada su naturaleza deontológica, la pena habrá de ser justa aunque no sea, en el caso concreto, ejemplar; a diferencia de la concepciones que parten de la premisa opuesta, teleológica, para las que la pena ejemplar será la pena justa, por el mero y pragmático hecho de ser ejemplar. Como se dijo, en el liberalismo la estabilidad no puede obtenerse a cualquier precio, por lo que la prioridad a los derechos individuales ha de mantenerse aun a costa de la inestabilidad a corto plazo. Ello no obstaría, en cualquier caso, a sostener que, bajo ciertas condiciones, el respeto a los derechos individuales, a dichas garantías, revirtiera en una mayor estabilidad, en un mayor respeto a las normas. Pero, a diferencia de esta línea de pensamiento, toda solución de síntesis, desde la cual las garantías individuales parecen venir directamente *fundadas* en criterios consecuencialistas, se enfrenta al dilema de que la opción por una estabilización inmediata o por un efecto de desestabilización a corto plazo en aras a conseguir un hipotético reconocimiento del Derecho a largo plazo se presenta como una decisión prácticamente irresoluble. Ante tal dilema, podría hablarse de un conflicto dentro de la misma lógica utilitarista. Así, desde el principio de la *economía* de las sanciones, cabría optar por la segunda solución, siempre que la primera implicara un mayor grado de punición, hecho que la práctica suele corroborar. En cambio, los criterios de *efectividad* y *necesidad* obligarían a optar por la primera posibilidad, dado que el efecto de reconocimiento a largo plazo es, frente al realizable a corto plazo, ciertamente menos plausible empíricamente (534). En cualquier caso, podría dudarse de que la concepción limitadora de la prevención general responda en realidad a una lógica consecuencialista, al menos según algunas afirmaciones de sus partidarios (535), pero lo que debe quedar claro es que dichas garantías, si no quieren verse sometidas a la amenaza de su funciona-

(534) Como resalta, por ejemplo, WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?*, p. 40, la racionalidad utilitarista es dependiente de los datos arrojados por la verificación empírica.

(535) Ello es patente, por ejemplo, en PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 213: «El argumento conforme al cual la culpabilidad debe ser mantenida porque tiene efectos general integradores, no puede ser esgrimido como fundamental, pues entonces la culpabilidad carece de valor en sí y el criterio determinante son las mudables exigencias sociales. *La necesidad de mantener la culpabilidad es consecuencia de un argumento valorativo derivado de los principios del Estado de Derecho*»; también en MIR PUIG, *Función*, p. 85. Sin embargo, no puede decirse lo mismo, como ya fue resaltado, de otros autores supuestamente vinculados a esta versión limitadora de la prevención general positiva. Como ejemplo, baste confrontar la crítica de la primera autora citada a las tesis de Hassemer (PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 207).

lización, no pueden derivarse de la mera prevención, del mero utilitarismo.

Debe quedar claro, en resumen, que las soluciones de síntesis no son viables, si se pretende una fundamentación sólida y vinculante del respeto a las garantías del individuo y no sólo a los intereses de la colectividad. Respecto de si esas garantías de naturaleza deontológica son *compatibles* con los fines preventivos, a mi juicio es obligado reconocer que en muchos casos ello no será así, que la pena justa no será «ejemplar», al menos en relación a la estabilidad a corto plazo. Es decir, que debe asumirse el conflicto entre prevención y garantías (536).

Como modelo basado en dicha *solución de conflicto*, merece destacarse una interesante alternativa, surgida especialmente en el ámbito anglosajón, que intenta compatibilizar la justificación utilitarista de la pena con los principios de justicia inherentes a la retribución. Para ello optan por establecer una nítida diferenciación entre la pena como institución social y los actos concretos de imposición de pena. Así, mientras que en la primera cuestión debe dominar una justificación utilitarista, que mira a los efectos positivos a producir en el futuro, el aspecto de la distribución debe estar precedido por los principios propios de la retribución, los cuales miran al pasado, de forma que la pena sólo podrá imponerse legítimamente a personas jurídico-penalmente responsables (537). «Sólo si cada uno de los dos principios esenciales en conflicto domina un ámbito diferente –se afirma– puede llegarse a una alianza entre ellos» (538).

Como se puso de manifiesto en páginas anteriores, la legitimación utilitarista (preventiva) de la pena debía establecerse tanto respecto a su justificación genérica como en cada caso concreto. Expresado según la teoría utilitarista, ello quiere decir que la pena debe legitimarse tanto desde un utilitarismo de la regla como desde un utilitarismo de la acción: la necesidad y los efectos preventivos deben darse también en la aplicación concreta de la pena para que ella pueda justificarse; si no es así, se estaría causando un mal inne-

(536) Así, entre otros, BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, p. 112; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 250: «Su relación es, por el contrario... dinámica, de confrontación permanente.»

(537) Así, RAWLS, *Zwei Regelbegriffe*, pp. 96 a 103, en un artículo anterior a su concepción actual de la *Teoría de la justicia*, cuando aún partía del utilitarismo. Similar, HART, *Prolegomenon*, pp. 3 y ss; siguen a Rawls, VANBERG, *Verbrechen*, pp. 8 y ss; FLETCHER, ZStW 101(1989), pp. 813 y ss.

(538) FLETCHER, ZStW 101 (1989), pp. 814 y ss.

cesario y, por ello, ilegítimo (539). Sin embargo, este sector doctrinal, para separar el momento de justificación genérica –óptica del legislador– de la utilización concreta de la pena –óptica del aplicador del Derecho–, se acoge exclusivamente a un utilitarismo de la regla (540). Así, la justificación de un principio de responsabilidad subjetiva se funda en que un Derecho penal que prescindiera del mismo produciría mayores daños que satisfacciones: una institución que partiera de la punición de inocentes implicaría la imposibilidad de adecuar una planificación de las acciones respecto de una pauta regulativa racional y previsible, puesto que la punición no dependería de las posibilidades de acceder a la norma, sino que se presentaría como una cuestión puramente azarosa, creando una situación general de *inseguridad* y terror que a la postre produciría más daños sociales que un Derecho basado en el principio de responsabilidad (541). Partiendo de esa premisa utilitarista, se establece una *regla* genérica desde la cual ha de regirse la actividad de los jueces en la aplicación de la sanción, de forma que, aunque en el caso concreto la punición de un inocente pudiera producir un beneficio al mayor número, ello queda vedado a partir de dicha regla. Así, en el momento de aplicación de pena no deberá atenderse a criterios utilitaristas derivados del caso concreto, sino que habrá de regirse por pautas cercanas a criterios retributivos, dada la presunción de sus efectos utilitaristas inferidos de dicha regla de experiencia (542).

A pesar de la aparente claridad y coherencia de esta opción, lo cierto es que no está exenta de problemas, debidos en parte a la

(539) La diferencia esencial entre ambas formas de utilitarismo es que el utilitarismo del acto exige, para considerar correcta éticamente la acción, que ésta reporte un mayor bien –felicidad, placer, etc.– para el mayor número en el caso y con las circunstancias concretas; mientras que el utilitarismo de la regla establece que una acción es correcta si se atiene a una regla de experiencia que afirma que generalmente ese tipo de acciones generan esos efectos positivos (ejemplo: «mantener las promesas suele implicar un mayor bien»), de forma que, aunque en el caso concreto no fuera así, la acción sería éticamente correcta si satisface la regla. Sobre la división entre ambas clases de utilitarismo, cfr. FRANKENA, *Ethik*, pp. 55 a 60; desde una perspectiva crítica a la posibilidad de diferenciación, WILLIAMS, *Begriff der Moral*, pp. 93 y ss. (p. 103).

(540) El primero en recurrir al utilitarismo de la regla para justificar la pena es RAWLS, *Zwei Regelbegriffe*, pp. 96 y ss. (pp. 102-103).

(541) Así RAWLS, *Zwei Regelbegriffe*, p. 103; HART, *Prolegomenon*, p. 23; HOERSTER, GA 1970, pp. 276-277.; WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?*, pp. 109 y ss.

(542) Además de los autores citados en la nota anterior, se acogen, con algunas matizaciones, a esta postura VANBERG, *Verbrechen*, pp. 8 y ss.; FLETCHER, ZStW 191 (1989), p. 813; NIÑO, *Introducción*, pp. 430-431.

propia distinción que se pretende establecer entre utilitarismo de la regla y de la acción, distinción que desde un punto de vista teórico es ficticia, y desde un punto de vista práctico conlleva soluciones insostenibles. En lo tocante al plano teórico, en la relación de la regla y el acto al utilitarista se le presentan dos opciones (543). En primer lugar, la regla puede entenderse como un mero instrumento analítico que facilita las decisiones sobre la acción: en base a la experiencia se determina que una serie de conductas –mantener las promesas, pagar las deudas, aplicar la pena sólo a responsables, etc.– producen por regla general mayor satisfacción; no es, en otras palabras, más que un criterio estandarizado que sirve para facilitar la decisión. Ello implica que la regla no conlleva una relevancia autónoma, no impone al utilitarista un criterio vinculante de decisión, sino que, como mero instrumento de orientación, puede renunciarse a su aplicación si en el caso concreto la regla se demuestra errónea: si de la vulneración de la regla en el caso concreto se produce un mayor beneficio que daño. Desde esta comprensión, apenas habría, en realidad, diferencias entre un utilitarismo de la regla y uno del acto (544). No parece ser ésta, sin embargo, la forma del utilitarismo de la regla seguida por estos autores, sino que más bien se muestran partidarios de la segunda opción. Desde ésta, la regla se erige como un principio vinculante: deontológico, el cual ha de ser seguido para poder adscribir corrección ética a la acción, independientemente de si las consecuencias en el caso concreto contradicen la expectativa plasmada la regla. Pero el problema de esta comprensión de la regla en forma prescriptiva, casi como un imperativo categórico, es que ya no puede justificarse desde un razonamiento utilitarista: si el quebrantamiento de la regla produce más beneficios que daños, ya no puede haber una razón utilitarista para seguir la misma; y si hay una razón para acatar la regla, a pesar de que ello produzca en el caso concreto más daño que satisfacción, esa razón ya no podrá ser utilitarista (545), sino que, como afirma Hoerster, más que ante un utilitarismo consecuente, estaríamos ante un mero «fetichismo de

(543) Cfr., sobre las siguientes consideraciones, SMART, *Extremer und eingeschränkter Utilitarismus*, pp. 121-122; HOERSTER, *Problemas de ética normativa*, pp. 57 y ss.; PAPAGEORGIOU, *Schaden und Strafe*, pp. 66-68.

(544) SMART, *Extremer und eingeschränkter Utilitarismus*, pp. 124-125.

(545) En este sentido, PAPAGEORGIOU, K. A., *Schaden und Strafe*, p. 67. Similares críticas al utilitarismo de la regla en WILLIAMS, *Begriff der Moral*, p. 103; FRANKENA, *Ethik*, p. 59.

la regla» (546). No es de extrañar que la concepción de estos autores haya sido descalificada afirmando que se trata de una construcción *ad hoc*, que no es en el fondo ni utilitarista ni prevencionista ni, por ello, puede servir a la justificación de la pena (547). Como puede apreciarse, este sector doctrinal se enfrenta a similares problemas que la versión limitadora de la prevención general positiva, respecto a la elección bajo criterios consecuencialistas en relación a la estabilidad a largo y a corto plazo: desde dicha racionalidad teleológica, conminada a la satisfacción efectiva de los fines y a la constatación empírica de dichos resultados, la opción consecuente debería tender a acoger los beneficios a corto plazo, y por ello efectivos y constatables, relegando supuestos e hipotéticos beneficios a largo plazo dispuestos en la regla genérica. En este sentido, y ello es aplicable a toda pretensión de derivar garantías de la lógica preventiva, afirma Baurmann que el fundamento del principio de responsabilidad desde criterios utilitaristas adolece de una base «débil», ya que su legitimidad se hará siempre depender de la certidumbre fáctica de dicha pretendida consecución de beneficios plasmados en la regla (548).

Por otra parte, conviene resaltar que este sector doctrinal no parte en realidad de la prevención de acciones lesivas como el único «bien» perseguido por la ética del resultado utilitarista, sino que la relación satisfacción/daño se establece a partir de criterios de seguridad o bienestar general de la colectividad, los cuales no tienen por qué conducir a los mismos resultados que la prevención a la hora de ponderar las dos variables, por lo que la argumentación no debería, en rigor,

(546) HOERSTER, *Problemas de ética normativa*, p. 56, quien añade que la única opción que le queda a un utilitarista consecuente es «admitir, junto con sus reglas, el principio de utilidad para la solución de sus casos y darle prioridad frente a sus reglas específicas, cuando sea violado en forma manifiesta por la observancia de las reglas relevantes» (p. 54). En igual sentido, SMART, *Extremer und eingeschränkter Utilitarismus*, p. 126: «¿No es absurda la pretensión de que tenemos que respetar la regla... si sabemos que en este caso el quebrantamiento de R conllevará mejores resultados que su mantenimiento? ¿No se convierte R en una especie de fetiche si la respetamos a pesar de que su quebrantamiento impediría, por ejemplo, una desgracia evitable? ¿No estamos ante algo así como un culto supersticioso de la regla... y no ante el pensamiento racional de un filósofo?»

(547) HOERSTER, Weinberger-FS, p. 231. Conviene resaltar el sintomático hecho de que tanto este autor en el ámbito de la justificación de la pena, como Rawls desde la filosofía moral general, han renunciado a dichos planteamientos utilitaristas y han asumido criterios deontológicos; el segundo elaborando su *Teoría de la justicia* sustentado en premisas kantianas, y el primero, aplicando las bases de la misma al Derecho penal (*vid.* la obra citada de Hoerster, pp. 235 y ss.)

(548) BAURMANN, *Folgerorientierung*, p. 37.

mezclar ambos criterios sobre la corrección valorativa de la sanción penal. Así, por ejemplo, cuando Hoerster afirma que «la intimidación de actos culpables puede, bajo determinadas circunstancias, aumentarse por medio de la punición de acciones inocentes... pero este efecto positivo se vería probablemente más que descompensado frente a la *inseguridad* general» que produciría (549). Se pretende con ello justificar el fin de prevención de delitos identificándolo con el utilitarismo penal en general (550). En realidad, lo que se da es un conflicto entre dos criterios de maximización (dos fines de la pena o del Derecho penal). Ello es puesto de manifiesto, por ejemplo, por Wolf, quien manifiesta expresamente que «para el utilitarista no sólo se trata de evitar los peligros que procedan de los ciudadanos, sino asimismo de los que procedan del Estado» (551). Pero ello, lejos de servir a la justificación de su tesis, pone de manifiesto sus imperfecciones. Si estamos ante dos fines del Derecho enfrentados, ya en la justificación abstracta de la institución habría que establecer dos reglas diferentes: «la punición de inimputables produce generalmente un mayor efecto intimidatorio» (R1), y «la punición de inimputables produce generalmente una menor seguridad» (R2); reglas que, por ser la primera positiva y la segunda negativa, se oponen mutuamente, por lo que la decisión del caso concreto deberá ser fruto de la ponderación de ambas, habiendo de establecerse una hipotética tercera regla (R3) que sirviera para decidir en dichas situaciones de conflicto, regla que la racionalidad utilitarista no está en disposición de aportar (552). Dicho de otra forma, el conflicto no puede solventarse, como parecen creer estos autores, separando ficticiamente entre justificación de la institución y utilización concreta de la pena, ya que en ambos momentos habrán de tenerse en cuenta *ambas* finalidades teleológicas, por lo que el conflicto se reproducirá tanto en la justificación abstracta como en la imposición concreta (553). La crítica anterior permite, además, que lleguemos a una conclusión inter-

(549) HOERSTER, GA 1970, p. 277.

(550) Ello es claro en Hoerster, si bien no tanto en otros autores como Rawls o Wolf, quienes parten, en la discusión, de la oposición general entre utilitarismo y retribucionismo.

(551) WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?*, p. 110.

(552) Sobre los problemas a los que esta versión del utilitarismo se enfrenta a la hora de la aplicación conjunta de dos reglas en conflicto, *vid.* HOERSTER, *Problemas de ética normativa*, p. 55.

(553) *Vid.* la crítica de NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 37 a Hoerster, respecto de la incongruencia, desde una perspectiva *utilitarista*, relativa a la disociación entre justificación abstracta de la pena desde criterios utilitaristas y la aplicación concreta de la misma desde criterios retributivos de justicia.

media: la mera idea de la prevención de delitos como *telos* del Derecho penal no está capacitada para proteger otro tipo de intereses que también pueden ser legítimamente perseguidos por el mismo, que son los de los potenciales delincuentes frente el Poder estatal.

En tercer y último lugar, y por lo que respecta a las consecuencias de su aplicación práctica, esa disociación entre la pena como institución y pena como aplicación, separando entre criterios utilitaristas y retribucionistas, respectivamente, corre el riesgo de recuperar no sólo lo positivo, sino también lo negativo del pensamiento retributivo. Ello ocurre, por ejemplo, cuando Fletcher o Hoerster pretenden justificar la punición actual de criminales nazis invocando un principio de igualdad, según el cual la impunidad, basada en la ausencia de necesidad preventiva, no sería una solución justa, ya que «un autor concreto sería tratado de forma diferente que otros, no porque él ha actuado de manera distinta, sino sólo porque la sociedad no quiere hacer uso de su condena» (554). Ante dichas afirmaciones hay que decir que estos autores parecen confundir lo que son criterios de justicia en la distribución de bienes con lo que son criterios de justicia en la distribución de *males* (pena): los bienes deben repartirse siempre bajo el principio de igualdad, pero no tiene sentido aplicar esa igualdad en la decisión sobre la distribución de males, distribución que sólo puede estar presidida por el requisito de la necesidad, es decir, partiendo del axioma antes citado de que «sólo la pena útil es la pena justa». En otras palabras, en la aplicación concreta de la sanción no puede abandonarse la base utilitarista de la mínima prevención necesaria, por lo que la culpabilidad —o el principio de proporcionalidad, si se quiere— operaría como un *límite máximo*, y no mínimo, a la prevención, el cual, por tanto, no podría sobrepasarse hacia arriba, aunque fuera preventivamente necesario, pero sí hacia abajo, renunciándose a la aplicación de la pena o imponiéndose una cuantía menor cuando no fuera necesario según dichos intereses preventivos (555).

(554) FLETCHER, ZStW 101 (1989), p. 813; en similar sentido, argumentando también a partir del ejemplo de los crímenes del nazismo, HOERSTER, GA 1970, pp. 274-275.

(555) En este sentido, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 259. Respecto a lo dicho en el texto, la idea de que la culpabilidad es un criterio limitador es, obviamente, una simplificación. La culpabilidad o responsabilidad subjetiva no encuentra su razón de ser únicamente en dicha función limitadora, sino que se conforma a partir de un complejo de intereses preventivos, por un lado, y de principios garantísticos, por otro, dándose entre ellos un permanente conflicto, que es el manifestado en el texto. Se quiere destacar, en otras palabras, dicho componente garantístico, pero ello no implica que la culpabilidad —ni como categoría, ni como «idea»— esté formada exclusivamente por ese componente: si la culpabilidad no es un estado

Como se dijo al comienzo de esta digresión sobre la tensión entre la prevención y las garantías individuales, no es intención de estas consideraciones adoptar una postura personal respecto de la culpabilidad y su contenido. Lo único que pretendía resaltarse es que los límites a la aplicación del poder punitivo no pueden extraerse de la propia lógica utilitarista, ya que, dada su racionalidad teleológica, impide establecer cualquier criterio de carácter deontológico, es decir, no instrumentalizable en atención a la maximización de dichos fines preventivos (556). En suma, que ninguna teoría de la prevención general está capacitada para limitarse a sí misma, por lo que todas precisan de límites externos a las mismas, si no se quiere renunciar a la protección del individuo frente a la colectividad y al poder estatal (557). El dilema del Derecho penal es que es un arma de doble filo: toda protección de la libertad conlleva asimismo una recíproca limitación de la libertad, por lo que a mayor protección preventiva mayor detrimento de aquélla. Por ello, frente a la lógica consecuencialista del comunitarismo, el cual, dada su prioridad por

ontológico, sino una *atribución social* –basada en el reconocimiento mutuo de libertad y autonomía que mencionamos con ocasión de la exposición del concepto de persona, que definía la noción de «persona de Derecho» y donde radicaba el ámbito de la imputación intersubjetiva de responsabilidad, en función de una serie de *deberes* mutuamente asumidos, y de un ámbito de *derechos* individuales que protegían de los excesos coactivos del Estado–, la *adscripción* de responsabilidad sólo tiene sentido, en suma, si existe una necesidad de pena, por lo que sin dicha necesidad preventiva, la imputación de responsabilidad carece de razón de ser. Pero ello no quiere decir que su grado haya de establecerse sólo *a partir* de dichas necesidades preventivas, sino que ese marco de «derechos de defensa» determinará los límites en los que legítimamente puede imponerse la sanción. Cfr. sobre la doble naturaleza de la culpabilidad, entre otros, BURKHARDT, GA 1976, p. 322; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 293 y ss.; sobre la adscripción de responsabilidad fundada en fines, además de la obra citada de Burkhardt, PAPAGEORGIOU, K. A., *Schaden und Strafe*, pp. 74-75.

(556) Claramente, STRATENWERTH, *El futuro*, p. 112: «si el principio de culpabilidad debe tener por lo menos la significación de un correctivo de las exigencias preventivas, no podrá fundamentarse en las exigencias de la prevención, sino que deberá basarse en otras consideraciones.»

(557) Así, entre otros, y además del autor citado en la nota anterior, ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 21: un «derecho de protección frente al Estado»; el mismo, AT 3/31; BURKHARDT, GA 1976, p. 322; BAURMANN, *Folgenorientierung*, p. 50; el mismo, *Schuldlose dogmatik?*, p. 211; HOERSTER, Weinberger-FS, p. 231; KUNZ, ZStW 98 (1986), p. 828, quien afirma que ese es *el* tema central de la actual discusión sobre las teorías de la pena: «la búsqueda de reglas normativas que puedan domesticar un Derecho penal preventivo desde un Estado de Derecho»; KIM, *Zur Fragwürdigkeit*, p. 122; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 159; BOCK, ZStW 103 (1991), p. 656; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 210 y 240: «La prevención... sea positiva o negativa “no se limita a sí misma”»; PAPAGEORGIOU, K. A., *Schaden und Strafe*, p. 15.

la colectividad frente al individuo, siempre optará por dar preferencia a la prevención, considero que sólo desde los presupuestos de un Derecho penal liberal, el cual parte de la prioridad de la libertad individual, elevándola al rango de un «derecho de defensa» frente a toda pretensión colectivista o de mayorías, puede establecerse un equilibrio en el conflicto entre prevención y garantías (558). Desde estos presupuestos ideológicos, la prevención no puede ser el único criterio legitimador del *ius puniendi*, sino que junto a la misma debe concurrir un fundamento de legitimidad basado en la protección de los derechos del delincuente (559), el cual operará como límite en el ámbito de la teoría del fin de la pena y, por tanto, en relación de conflicto, pero que habrá de considerarse como un fin propio del Derecho penal, junto a la protección de bienes jurídicos, tal y como, por ejemplo, ha sido sugerido en nuestro país por Silva Sánchez (560).

(558) Como afirma WOLF, *Verhütung*, p. 129, la preferencia por el liberalismo en Derecho penal viene dada por el hecho de que éste es un arma de doble filo.

(559) En este sentido, también BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?*, p. 210: «La única y exclusiva persecución de fines preventivos a través de las instituciones jurídicas llevaría inevitablemente a la intolerable vulneración de otros fines sociales: el daño que causaría el criterio de instrumentalización de los medios dirigidos a la efectividad político-criminal, sería mucho más gravoso que su beneficio. El bien jurídico precisa, desde esta perspectiva, de una doble protección: “a través del Derecho penal y frente al Derecho penal, cuya aplicación excesiva llevaría a la situación que pretende evitar”», citando a Roxin. En sentido similar, KUNZ 98 (1986), p. 829, quien resalta que el único criterio para encontrar límites firmes a la prevención es partir del hecho de que la prevención no puede ser el único fundamento normativo de la pena. Críticos también con un Derecho penal orientado únicamente a la efectividad preventiva, dada la supeditación a la misma de garantías individuales, CALLIES, *NWJ* 1989, p. 1339; PAPAGEORGIOU, K. A., *Schaden und Strafe*, p. 15; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 137; BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, p. 135; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 241; HASSEMER, *El destino de los derechos del ciudadano*, pp. 183 y ss., *passim*.

(560) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 241 y ss., quien atribuye al Derecho penal el «fin de reducción de la propia violencia estatal». Partidarios de un fin similar del Derecho penal son también, entre otros, BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?*, p. 255; CALLIES, *NWJ* 1989, pp. 1338 y ss.; HASSEMER, *Einführung*, p. 326; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 137; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 292; FROMMEL, *Schüler-Springorum-FS*, p. 274, siguiendo a Hassemer. Cfr. asimismo ROXIN, *AT* 7/69, quien afirma que «la limitación jurídica de la violencia estatal es, por sí mismo, un fin de una política criminal propia de un Estado de Derecho»; o MIR PUIG, *Sobre el principio de intervención mínima*, p. 151: «Ello enlazaría con la tradición liberal que arranca de Beccaria y que postula la humanización del Derecho penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera del ciudadano, que sólo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria –inevitable– para la protección del mismo ciudadano. (Tras ello se halla la convicción de que es preciso defender al ciudadano del poder coactivo del Estado.)»

La posible coexistencia de dos fines contrapuestos del Derecho penal parece responder, en realidad, a una plausible reconstrucción de lo que se acordaría por la sociedad, como grupo de individuos racionales autointeresados (561); es decir, lo que habría de considerarse legítimo desde presupuestos liberales y democráticos. Indudablemente, la tensión entre prevención y garantías viene debida a que cada opción representa los intereses contrapuestos que diferentes grupos sociales tendrían respecto de la labor del Derecho penal. Por un lado, para un grupo de víctimas potenciales, generalmente respetuosos del Derecho, lo *racional* sería un Derecho penal orientado hacia una prevención lo más eficaz posible, que protegiera, al precio que fuera, sus intereses de los ataques de terceras personas. Por el contrario, para el grupo representado por potenciales delincuentes, lo más *racional* sería en realidad la inexistencia de un Derecho penal, para evitar la limitación de sus intereses por parte del Estado; o, dado el presupuesto de la existencia de un *ius puniendi*, lo racional será en todo caso, la reducción al mínimo de su aspecto coactivo. Pero, como vimos, presupuesto para la posibilidad de un diálogo y de arribar a un acuerdo sobre las instituciones que han de regir la convivencia pública es la facultad de lo *razonable*, la cual implica la tendencia a la cooperación basada en acuerdos que representarían los intereses de todos los implicados, cooperación que sólo puede realizarse por medio de sacrificar un ámbito de la libertad y los intereses propios en aras de un orden estable que garantice la libertad de todos. Y para establecer el marco de imparcialidad en la decisión, también vimos que en la posición original rawlsiana los coasociados debían decidir tras un velo de ignorancia, que ocultaba a los individuos la situación que *de facto* ocupaban en la sociedad. Respecto al acuerdo sobre los fines y garantías en Derecho penal, ello conllevará que quienes toman parte en la decisión desconocerán si, una vez levantado el velo de ignorancia, serán potenciales delincuentes o ciudadanos respetuosos del Derecho. Por ello, todo participante en el pacto habrá de ponderar su decisión asumiendo que podría ser tanto víctima de acciones delictivas como verse sumido en el mecanismo coactivo del Derecho

(561) Sobre las consideraciones siguientes, además del ya expuesto método de decisión del contrato social rawlsiano, puede cfr. HOERSTER, Weinberger-Fs, pp. 233 y ss., y especialmente BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, p. 111, quienes, en términos similares a los aquí empleados, desarrollan esa perspectiva intersubjetiva en relación al tema que nos ocupa. Por otra parte, la concepción de Silva Sánchez, si bien es planteada desde otros términos, coincide sustancialmente, en este punto, con los presupuestos de un contrato social, tal y como él mismo destaca (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 186).

penal, por lo que lo racional de su decisión individual, es decir, la forma en que haya de obtener el mayor interés, habrá de estar regida por una ponderación de la racionalidad de ambos roles: el interés por una máxima prevención y el interés por un máximo de garantías (562). De esta forma, lo *razonable* sería el establecimiento de un Derecho penal que sirviera tanto al fin de prevención de acciones lesivas por parte de terceras personas como al fin de protección de la libertad del ciudadano frente al poder coactivo del Estado. Dado el fin de protección preventiva, los ciudadanos acordarían el establecimiento de sanciones útiles en aras de ese fin, así como el sometimiento a la imposición de la sanción en caso de vulneración de las normas por todos consensuadas (563). No obstante, para llevar a cabo este fin, los ciudadanos acordarían entonces el establecimiento de unos principios garantísticos –culpabilidad, proporcionalidad, lesividad, etc.– a los cuales habría de acomodarse la labor del aparato coactivo para ser reconocido como un orden legítimo, y que no podrían ser instrumentalizados en aras de fines preventivos, puesto que ello vulneraría las condiciones de razonabilidad y ponderación de intereses contrapuestos en que se basa el acuerdo (564). Tal y

(562) En similar sentido, HOERSTER, Weinberger-Fs, p. 235; BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 115 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 186.

(563) A estos presupuestos liberales responde, por ejemplo, la «teoría consensual de la pena» desarrollada por Nino, con el fin de compatibilizar la fundamentación utilitarista con el respeto a los límites en la distribución de la pena propio de la retribución. Cfr. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 431 y ss; el mismo, *Los límites de la responsabilidad penal*, pp. 218 y ss., cuyas premisas ya estaban, en cualquier caso, presentes en Feuerbach, influenciado por las concepciones kantianas (cfr. NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 35).

(564) En relación a los criterios de autointerés racional bajo los que se llegaría a la fundamentación de dichos principios –sobre lo que no entraremos– puede cfr. BAURMANN, *Folgenorientierung*, pp. 53 y ss. (especialmente p. 62), quien viene a servirse de la regla *maximin* empleada por Rawls en su «principio de la diferencia» (cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 97 y ss. y 181 y ss.) –consistente, por decirlo así, en *maximizar* desde el *mínimo*: en optar por la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor resultado de las otras alternativas–, para fundamentar el principio de responsabilidad, entendiendo que «un Derecho penal sin principio de responsabilidad sólo sería legítimo cuando los más perjudicados por ese Derecho penal pudieran mejorar la suma de beneficio individual con la introducción de ese Derecho penal» (p. 62), llegando, tras numerosas y complejas operaciones, a la conclusión de que los más perjudicados por ese Derecho penal –que serían los no responsables sometidos a castigo– verían de hecho disminuido su beneficio personal, por lo que sólo un Derecho penal con un principio de responsabilidad sería aceptado por todos. También, con menor complejidad y detalle, BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?*, p. 255; NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, p. 432; HOERSTER, Weinberger-FS, pp. 236 y ss.; KINDHÄUSER, GA 1989, p. 498; BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 131 y ss.

como se dijo respecto de la relación entre la racionalidad instrumental y la racionalidad valorativa, ello implica que la prevención sólo podrá maximizarse dentro del ámbito de respeto a esos principios vinculantes para el Estado, en aras del fin que compete al mismo de satisfacción de ambas líneas de intereses, que en realidad no son otros que las que todo ciudadano racional interesado en su propia libertad tendría. En suma, «la misión del Derecho penal no consiste sólo en proteger bienes jurídicos... sino también en limitar el poder punitivo del Estado... trazando, a partir de principios generales de rango incluido constitucional, unas “reglas de juego” a las que todos, incluido el Estado, tienen que atenerse» (565).

C. LOS FINES DEL DERECHO PENAL. TOMA DE POSTURA

a) *Fundamentación de las normas penales*

Principio esencial de la teoría liberal es el fundamento intersubjetivo del Derecho, basado en la autonomía política de los ciudadanos; así, Derecho legítimo lo sería sólo aquél que pudiera ser libremente reconocido por la razón de todos los participantes en el tráfico jurídico, en base a su interés de prioridad por su propia libertad. Y ese criterio de legitimación debe servir, entonces, también para el Derecho penal, tanto para fundamentar la legitimidad de la pena y sus fines como para fundamentar los principios garantísticos que limitarían necesidades colectivas de prevención; así como también para fundamentar las propias normas de conducta penales. En este ámbito, puede asumirse, entonces, el principio de legitimidad de un Derecho democrático establecido por Habermas: «Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales» (566).

No le falta razón a Morales Prats cuando afirma que «el problema central del Derecho penal no es tanto de penas y su sentido... sino de selección de bienes jurídicos a proteger» (567). En efecto, ya antes que la sanción, todo establecimiento de una norma penal implica una limitación de la libertad de los ciudadanos, por lo que la legitimidad

(565) HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 137.

(566) HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 172. Similar, HASSEMER, *Theorie*, p. 32, en relación a la fundamentación de normas desde el contrato social.

(567) En QUINTERO/MORALES/PRATS, PG, p. 91.

de las normas no puede supeditarse a un rango inferior de argumentación en lo relativo a la fundamentación general del Derecho penal como orden jurídico, como, de hecho, es habitual en la discusión doctrinal, ocupada fundamentalmente en la legitimación de la pena. Y ello, además, porque si requisito previo de la imposición de la sanción es la vulneración de la norma de conducta, la misma legitimidad de la sanción habrá de hacerse depender de la legitimidad de la prohibición (568).

En cualquier caso, respecto del tema de la criminalización de conductas, tampoco les falta razón a quienes objetan al clásico criterio de la «exclusiva protección de bienes jurídicos» incapacidad para servir de instrumento útil –y limitador– a la labor del Legislador (569). Es de sobra sabido que el concepto de «bien jurídico», tomado en sí mismo, aparece, a lo largo de su discusión dogmática, como una mera fórmula vacía y susceptible de ser rellena de cualquier contenido, tanto liberal como moralizante o autoritario. Por ello, lo que haya de entenderse como tal no podrá venir dado desde su propia «naturaleza», sino que deberá inferirse de consideraciones diversas y externas al mismo, relativas tanto al merecimiento y la necesidad y posibilidad de protección, como a los límites garantísticos, así como, en última instancia, a presupuestos filosófico-políticos que delimiten los contornos de lo que ha de ser merecedor de prohibición y bajo qué límites. En este sentido, de los presupuestos establecidos a la hora de presentar la concepción liberal del Derecho, si bien no podría, desde luego –y dada la brevedad con que han sido presentados–, establecerse un programa completo respecto del marco de legitimidad en el que debe discurrir la creación de normas (570), sí podrían trazarse unas líneas esenciales con las que conformar los márgenes que deben definir lo penalmente protegible. Respecto de las mismas, baste decir que responderían, en esencia, a la llamada

(568) Así, KINDHÄUSER, GA 1989, p. 494; LESCH, JA, 1994, p. 599; JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 386; CUELLO CONTRERAS, PG, p. 79: «Habrá mayor legitimación para sancionar la violación consciente de la norma o culpabilidad mientras más democrática haya sido su institución». En el mismo sentido, HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 95: «... la permisón de recurrir a la coerción jurídica ha de hacerse derivar de una expectativa de legitimidad asociada a la decisión que toma el legislador».

(569) Críticas recientes pueden verse, entre otros, en FRISCH, *Stree-Wessels-FS*, pp. 73 ss.; KUHLEN, *Strafrechtsbegrenzung*, pp. 77 ss. También, JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), p. 847, nota 10, contestando a las críticas que le acusan de formalización.

(570) Un desarrollo completo de lo que sería una teoría liberal de la criminalización puede verse en PAPAGEORGIOU, K. A., *Schaden und Strafe*, p. 89.

concepción «personalista» del bien jurídico (571), derivada de la premisa liberal de legitimar «la acción del Estado desde el punto de vista de la persona» (572) y caracterizada por situar a la misma –bienes personales–, o en todo caso a un conjunto de personas –bienes interpersonales–, como único sujeto de los intereses representados en los bienes jurídicos. Por otra parte, el bien jurídico habría de concebirse bajo un substrato fáctico (573), entendido, en términos ciertamente genéricos, como un estado u objeto positivamente valorado por su funcionalidad respecto al desarrollo de la libertad del individuo (574) y, en todo caso los bienes personales, de carácter disponi-

(571) En este sentido, KINDHÄUSER, GA 1989, p. 496: «El concepto del bien jurídico puede derivarse sin tensiones de una teoría de la justicia contractualista. Según esta concepción, bienes jurídicos son los atributos de los hombres, objetos e instituciones que sirven al libre desarrollo personal, los cuales son merecedores de protección desde el principio de la más beneficiosa coexistencia universal en libertad». Como destacado defensor de dicha teoría personalista puede citarse a Hassemer. Cfr. HASSEMER, *Theorie*, p. 65 y pp. 68 ss.; el mismo, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, pp. 85 ss. En la misma dirección, MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal*, p. 164; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 270, citando ulteriores referencias; LÜDERSEN, ZStW 107 (1995), pp. 898-899.

(572) HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 109.

(573) Y no al modo de determinadas concepciones «espiritualizadas» del mismo, para las que el bien jurídico es concebido como un «valor abstracto» (JESCHECK, PG, p. 232) como un «valor ideal espiritualizado» (BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT 3/18), un «valor ideal del orden social» [CEREZO MIR, PG (1994), p. 18] o una «pretensión de respeto» (SCHMIDHÄUSER, AT, 5/26), con lo que, en realidad, el bien jurídico termina por identificarse con los «valores ético-jurídicos» de Welzel, dado que, al igual que éstos, esos «valores» no pueden ser lesionados materialmente por las acciones, sino que sólo pueden ser puestos en duda, vulnerados, quebrantada su vigencia. Es por ello que, por ejemplo, para Schmidhäuser, más coherentemente que otros, la «lesión del bien jurídico» es lo mismo que la «lesión del deber», y ese bien jurídico es lesionado ya con la tentativa (en este sentido, SCHMIDHÄUSER, AT, 5/33). Y por lo que respecta a la teoría de la criminalización, esa consideración del bien jurídico como valor ideal permitirá incluir como susceptible de protección cualquier valoración moral mantenida mayoritariamente por la sociedad, dado que no es precisa la vinculación a intereses materiales de la persona. No en vano, esta concepción del bien jurídico apenas se diferencia del concepto teleológico del bien jurídico de Honig.

(574) La naturaleza funcional del bien jurídico fue puesta de manifiesto ya por WELZEL, *Studien*, p. 140; así como, entre otros, por RUDOLPHI, Honig-FS, pp. 163 ss.; LESCH, *Beihilfe*, p. 239; MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 175; JAKOBS, AT 2/14; STRATENWERTH, Lenckner-FS, p. 383. La vinculación al desarrollo del individuo es lo que, por ejemplo, Callies manifiesta con su concepción de bien jurídico como «posibilidades de participación de los individuos», tesis seguida por MIR PUIG, *Introducción*, pp. 139 ss.. Dicha vinculación a la persona también es resaltada, entre otros, por KINDHÄUSER, *Strafe*, p. 35; JAKOBS, AT 2/14.

ble por su titular. Ello no excluiría, por ejemplo, la criminalización de determinados delitos de peligro, si bien la interpretación de los mismos, a la hora de establecer el merecimiento de pena de las conductas (por ejemplo, a la hora de determinar el grado de peligro de la acción), habría de establecerse en función de los intereses de los individuos, y no de bienes supraindividuales no reconducibles en forma directa a dichos intereses (575); en este sentido, sí carecerían de legitimidad los delitos de peligro –en especial, algunos de peligro abstracto– cuyo bien jurídico no encontrara un substrato personal o interpersonal, es decir, no susceptible de derivar el peligro directamente a intereses individuales (576). Como criterios de criminalización negativos, esto es, limitadores, desde el principio de neutralidad se deriva tanto la proscripción de penalizar conductas exclusivamente inmorales, sin relevancia para los intereses de terceros, como, con carácter general, la criminalización basada en motivos paternalistas (577). Por último, y con un carácter más genérico, el principio liberal del «*harm to others*» conllevaría la tendencia hacia un Dere-

(575) Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 110: los tipos delictivos que establecen bienes universales, no disponibles por el individuo, habrán entonces de interpretarse en función de su repercusión para los intereses de la persona. *Vid.* asimismo, MIR PUIG, *Bien jurídico*, p. 164: hay dos enfoques posibles para valorar los bienes colectivos: desde su importancia para el sistema social y desde su importancia para la persona. «El Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque: le importan los intereses colectivos *en la medida* en que condicionen la vida de los individuos... Se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema».

(576) Obviamente, la cuestión es demasiado compleja para ser desarrollada aquí. Sobre la reconducción de los delitos de peligro a intereses individuales puede cfr., recientemente, MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, pp. 12 ss. y *passim*.

(577) Por paternalismo, según la definición de DWORKIN, G., *El paternalismo*, p. 148, puede entenderse «en un sentido amplio, la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses, o a los valores de la persona coaccionada». En cualquier caso, no puede establecerse a priori una limitación absoluta a cualquier norma motivada por razones paternalistas, y ello dada la propia vaguedad del término. Así, por ejemplo, conductas paternalistas serían, según este mismo autor, tanto la obligación de llevar casco como la prohibición de la homosexualidad o de las drogas. Además, en la práctica es difícil encontrar disposiciones que sólo respondan a dicho presupuesto. Por ejemplo, en la obligación de llevar casco concurren también consideraciones relativas a la carga económica de los accidentados y en la prohibición de la homosexualidad o las drogas concurren también –o exclusivamente– motivaciones moralizantes. Sobre el paternalismo puede cfr., además, GARZÓN VALDÉS, *Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?*, pp. 161 ss.; PAPAGEORGIOU, K. A., *Schaden und Strafe*, pp. 216 ss.

cho penal mínimo –opuesta, en realidad, a la tendencia expansiva actual–, conformado en torno a los intereses más esenciales de la persona. Todo ello parece plausible a resultas del procedimiento intersubjetivo de racionalidad en que ha de legitimarse el Derecho penal desde una perspectiva liberal. Así, el conjunto de individuos racionales e interesados prioritariamente en su propia libertad, desconocedores de la posición que ocuparían en la sociedad –o bien delinquentes, tendentes a una mayor libertad, o bien víctimas, tendentes a una mayor seguridad–, sólo estarían dispuestos a limitar su libertad mediante el establecimiento de normas penales, en la medida en que ello revirtiera en una mayor libertad, por lo que un Derecho penal máximo, centrado en una maximización de orden y seguridad y cuyo ámbito de intervención, realizado por medios tan coactivos como la sanción punitiva, excediera de la protección de esas condiciones esenciales para el libre desarrollo de la libertad, no sería racionalmente aceptado. Como vimos que afirmaba Rawls: la libertad puede ser solamente restringida en favor de la libertad en sí misma.

Conviene tener presente que dicho acuerdo de decisión intersubjetivo representa un criterio de legitimación basado en presupuestos hipotéticos. Es evidente que en la realidad fáctica los acuerdos no se realizan en condiciones de plena imparcialidad e igualdad, sino a través de relaciones de poder; ni el consenso es alcanzado por unanimidad, sino bajo la regla de mayorías (578). Y que el Derecho penal actual no representa ese Derecho penal mínimo, sino que su génesis está sometida a la influencia de grupos de poder, a criterios electoralistas y tecnocráticos, etc., así como, en general, a una concepción máxima del mismo, que recaba para sí ámbitos que deberían ser propios de otras ramas, menos contundentes, del Derecho (579). En este sentido, tanto las condiciones que regulan el procedimiento del contrato social rawlsiano, como los principios a que llega, si bien repre-

(578) En relación a este tránsito de la validez a la facticidad, RAWLS, *Réplica*, pp. 102 ss., habla de una «progresivo levantamiento del velo de ignorancia». Sobre ese tránsito, cfr. también RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 263 ss.; HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 230 ss.

(579) Cfr., por ejemplo, HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 102 ss. También HASSEMER, *El destino de los derechos del ciudadano*, pp. 184 ss., en relación a las respuestas del Legislador a las exigencias coyunturales de seguridad y orden por parte de la opinión pública, así como a la manipulación de las mismas por los medios de comunicación. Vid. MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal*, p. 165, quien advierte contra la «peligrosa tendencia que posee todo Estado social a hipertrofiar el Derecho penal a través de una administrativización de su contenido de tutela, que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del orden colectivo».

sentan *el ideal* del principio democrático, no deben entenderse como la expresión o exposición de la realidad democrática, sino como criterios contrafácticos de *validez*, susceptibles de someter a permanente valoración crítica la *facticidad* del Derecho, por representar, al igual que la propia noción de democracia (580) o de derechos humanos, un *deber ser*, un canon u horizonte normativo al cual debe orientarse el desarrollo de la política democrática. Por todo ello, no puede ni debe buscarse una plasmación exacta en la realidad de lo que es un criterio ideal de legitimación; por emplear de nuevo los términos habermasianos, existe una inevitable e irrebalsable barrera de separación entre la validez y la facticidad, si bien, como a continuación insistiremos, el criterio de validez liberal, al estar basado en la razón práctica y el autointerés individual, puede suponer una alternativa viable respecto de la estabilidad fáctica. En todo caso, baste resaltar que, en el ámbito del Derecho penal, los criterios de criminalización, tanto positivos como negativos, que imponen los principios liberales, responden entonces a una argumentación *de lege ferenda*, que enmarca una orientación mínima a la que debería acomodarse la labor del Legislador penal de un Estado liberal y democrático (581). Así, resultaría osado afirmar radicalmente la ilegitimidad de toda norma que no se correspondiera con el núcleo de dichos principios; no obstante, sí cabría hablar de una legitimidad gradual, de forma que todo alejamiento de ese núcleo de legitimidad supondrá un progresivo déficit de corrección normativa de la norma en cuestión, por cuanto, al conllevar una limitación de libertad no fundada en la protección de las condiciones inmediatas de la misma libertad, su aceptación por los ciudadanos resultaría más precaria.

A pesar de lo dicho, las presentes consideraciones sobre la fundamentación legítima de las normas penales no van dirigidas a discutir

(580) Así, por ejemplo, CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 266 ss.

(581) En este sentido, afirma SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 183, que el Derecho penal, «para encontrarse legitimado, se ve abocado a autoanalizarse de modo continuo con el fin de determinar si responde a esa regla de “mínimo daño social”, lo que obliga “a enfrentar al Derecho penal vigente y sus instituciones con otro eventual Derecho penal, surgido de una reforma, que pudiera ser igualmente eficaz con menos daño social, con menos violencia”» (cursivas en el original). Una idea similar, desde un plano más genérico aporta HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 103, respecto de la citada tensión entre la validez y la facticidad en la creación del Derecho: «Ciertamente, un Derecho al que en las sociedades modernas le compete la carga principal en lo tocante a la integración social, no tiene más remedio que verse sometido a la presión *profana* de los imperativos sistémicos de la reproducción de la sociedad; pero simultáneamente se ve sometido a una coerción, por decir así, *idealista*, que le obliga al legitimar esos imperativos» (cursivas en el original).

la legitimidad del Derecho vigente, ni a desarrollar una teoría de la incriminación, sino sobre todo por lo que la legitimidad puede tener de relevancia respecto de la motivación al acatamiento de las normas. Como fue planteado tanto en la exposición teórica de la postura liberal del contrato social, como con ocasión de la relación entre la estabilidad y la justicia en la aplicación de la pena, en la teoría liberal puede afirmarse una línea de coherencia entre el ámbito de legitimación y el ámbito de la estabilidad, pudiéndose dotar de un considerable grado de viabilidad fáctica en lo relativo al respeto de las normas a los principios de validez normativa por ella establecidos. Dichos principios, como vimos, no son inferidos de instancias metafísicas o supraindividuales como el espíritu de la comunidad, ni tampoco de un a priori ontológico y objetivo, sino que su origen radica en la propia razón individual, en los intereses esenciales que todo individuo tiene, estableciéndose, bajo un procedimiento imparcial, al que todos accederían para ver representados equitativamente sus intereses, un acuerdo intersubjetivo que responda a dichos intereses. Los principios de validez normativa son obtenidos, entonces, y por decirlo así, «desde abajo», desde lo que todo ciudadano medio podría querer para sí mismo y para la convivencia con los demás, y es en esa premisa de racionalidad intersubjetiva donde el liberalismo obtiene su plausibilidad respecto a la aceptación fáctica y el reconocimiento a largo plazo de lo acordado por los ciudadanos. Era en este sentido en el que Rawls, como vimos, podía afirmar que una sociedad y unas instituciones públicas construidas, en un grado relativo, en torno a los principios de justicia generarían continuidad en la estabilidad de las mismas, puesto que los intereses esenciales de los ciudadanos se verían garantizados y amparados. Respecto del Derecho penal, este hecho puede expresarse con la tesis ya formulada con ocasión de la exposición de la teoría de la protección de la vigencia de la norma: *el pacto social creador de las normas, que es un criterio de legitimación de las mismas, es asimismo un criterio de racionalidad y, por tanto, un motivo para el acatamiento de las normas*; es decir, un criterio de estabilidad del ordenamiento jurídico. Recordemos que la crítica externa a dicha concepción se refería a que, si bien era *prima facie* correcta la idea de que las normas susceptibles de ser reconocidas por los ciudadanos obtendrían un respeto por los mismos sin necesidad de medios coactivos contundentes, se hacía preciso, para fundamentar dicha idea, el establecimiento de las condiciones del reconocimiento. En este sentido, podemos, con el bagaje de la teoría liberal, abundar ahora en dicho presupuesto, afirmando que las normas que respondan al autointerés racional de los sujetos, que serían

las que limitarían la libertad de los mismos sólo en aras de la protección de las condiciones esenciales de esa misma libertad, obtendrían un mayor grado de aceptación voluntaria; lo cual, a su vez, conllevaría un grado considerable de confianza en la vigencia de la norma, dado que Ego podría esperar *razonablemente* que Alter respetaría las normas. «De esta manera, los ciudadanos mantienen la confianza depositada en las normas debido a que éstas son fruto de decisiones racionales» (582). En efecto, en el contrato social, las normas han de responder a los intereses esenciales de los ciudadanos (lo racional), y sólo cuando así fuera podría darse la tendencia a una cooperación voluntaria (lo razonable), que era presupuesto y al mismo tiempo criterio de estabilidad del pacto, al implicar tanto la atribución mutua de las facultades de diálogo como el compromiso al respeto mutuo de los principios emanados del pacto, es decir, el reconocimiento al derecho de todo ciudadano al ámbito de libertad negativa protegido por las normas jurídicas. Una idea semejante podría ser la expresada también por numerosos penalistas cuando afirman que la reducción del ordenamiento a un Derecho penal mínimo, al representar lo intersubjetivamente racional, el ámbito esencial de libertad necesaria para el desarrollo social, conllevaría a otorgar a éste una mayor fuerza vinculante y un mayor grado de aceptabilidad (583). Expresado de

(582) FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 66, quien, de forma muy distinta que Jakobs y sus discípulos –quienes, como vimos, consideran la prevención general positiva como una teoría formal, basada en el Derecho positivo vigente–, entiende dicha teoría también como un criterio de criminalización: «La prevención general positiva dificulta que se pueda definir como injusto una modalidad de conducta carente de lesividad social. Tal definición socaba la confianza de los ciudadanos en el Derecho penal»; concibiendo así el término «confianza» de forma distinta a como lo hace el autor alemán, quien la limita a la confianza en la vigencia fáctica de la norma, y no a la confianza genérica que debe existir entre los ciudadanos y la labor de los poderes públicos, tanto en su ámbito legislativo como judicial. Y ello, a mi juicio, correctamente, ya que, como se dijo, los presupuestos de la concepción de Jakobs sólo pueden ser válidos –fáctica y normativamente– desde el principio democrático del consenso intersubjetivo como génesis del Derecho (en este sentido, BAURMANN, GA 1994, p. 379). Por ello criticábamos que ignorara el tema de la fundamentación de las normas. Cfr., por otra parte, NOZICK, *La naturaleza de la racionalidad*, p. 30, quien pone de relevancia la importancia de la creencia en que las normas y principios a los que se espera que se atengan los demás sean *correctos* y *justos* como un factor generador de confianza en esa expectativa: resulta más razonable confiar en que los demás respetarán normas intersubjetivamente consideradas correctas que normas arbitrarias y parciales, por el hecho de que yo tenderé a respetar las normas que considero correctas y no las arbitrarias.

(583) Así, por ejemplo, ROXIN, *Grund und Grenzen*, p. 14; LUZÓN PEÑA, *Prevención general*, p. 142; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 126; HASSEMER, *El destino de los derechos del ciudadano*, p. 198; el mismo, ZRP 1997, p. 320.

otra forma, que la atención al principio de *ultima ratio* tendría efectos preventivos. En suma, lo que se quiere expresar es la, al menos teóricamente, obvia presunción de que la aceptabilidad racional de una norma jurídica conllevará, o al menos favorecerá, la aceptación fáctica de la misma, su acatamiento y, recíprocamente, la confianza en el acatamiento por parte de los demás. O, expresado desde la perspectiva del Legislador, que el sometimiento del mismo a la razón de los ciudadanos aportará razones para el respeto de las normas por parte de éstos (584). Por ello, la idea citada con anterioridad de una legitimidad gradual de las normas jurídicas habrá de tener consecuencias respecto de un acatamiento gradual –y, por ende, respecto de una confianza gradual en el respeto de las mismas por parte de *Alter*–. Así, cuanto más se acerque lo protegido a las condiciones esenciales de la libertad de los individuos mayor será su obediencia. Por poner un ejemplo obvio, la norma que prohíbe la lesión de la integridad física conlleva más razones para su acatamiento que la norma que prohíbe el tráfico y tenencia de estupefacientes, la cual no adquiere su razón de ser en la atribución mutua de un derecho de libertad y autonomía, sino, por el contrario, en presupuestos paternalistas o incluso moralizantes.

Comenzamos esta sección afirmando que la cuestión central del Derecho penal no es tanto, o no es sólo, la de los fines de la pena, sino la relativa a cuáles han de ser los bienes jurídicos merecedores de protección bajo pena. Para concluir, conviene resaltar una razón más de esa afirmación, poniendo de manifiesto, a resultas de lo visto, que la efectividad del Derecho penal no depende tan sólo de los fines o de la intensidad de la pena, sino también del reconocimiento racional de las normas por los ciudadanos. En este sentido, es plausible afirmar que un Derecho penal mínimo conllevaría efectos preventivos. En lo tocante a las relaciones entre el reconocimiento del Derecho por los ciudadanos y la pena, conviene, por último, incidir de nuevo en las dudas que se opusieron a la teoría de la protección de la vigencia del ordenamiento, reiterando que la pena no está capacitada para ejercitar en el reconocimiento de las normas, para *convencer* de la corrección normativa de las mismas, ya que el reconocimiento no

(584) Como afirma WOLFF, ZStW 97 (1985), p. 800, «nada genera tanto la vigencia real de las leyes como el convencimiento de los ciudadanos de la justicia de las mismas». La misma idea es expresada por WITTIG, ZStW 107 (1995), p. 268, desde un análisis de la concepción rawlsiana en relación al Derecho penal: «Si en una sociedad aparecen realizados los principios de justicia, los hombres acatarán las reglas de las instituciones justas no por verse coaccionados a ello, sino porque desde su sentido de la justicia reconocen esas reglas y las apoyan lealmente».

puede provenir de una imposición coactiva, sino que ha de estar basado en un diálogo racional y voluntario (585). Por ello, dicho reconocimiento habrá de venir previamente dado y, todo lo más, la imposición de la pena podrá ser una mera manifestación simbólica del mismo, como ya se expuso. La pena, en rigor, sólo puede imponer el acatamiento fáctico de las mismas. En conclusión, la pena no puede legitimarse por ser causa del reconocimiento del Derecho, sino que, por el contrario, su legitimación vendrá dada en la medida en que su aplicación sea consecuencia de dicho reconocimiento.

b) *El concepto de persona como destinatario de las normas*

Ciertamente, toda teoría ético-política está sostenida, con mayor o menor evidencia, en una concepción antropológica, la cual normalmente viene conformada por una mezcla de criterios normativos y fácticos (586). Así ocurre, como hemos visto, con el comunitarismo y el liberalismo, cuyas diferencias en este punto son ciertamente notables. En el comunitarismo se concibe a la persona como un *homo sociologicus* puro, radicalmente integrado en su entorno y constituida su conciencia moral a partir de los valores vigentes en la comunidad a la que pertenece, hasta el punto, en algunas concepciones, de negarle toda facultad cognitiva de tomar distancia respecto de lo dado, toda capacidad reflexiva y crítica. El liberalismo, por el contrario, asume un individuo racional, capaz de determinar, perseguir y modificar críticamente sus concepciones de lo bueno, e interesado primordialmente en su propia libertad. Si bien, contra las críticas que pretenden reducir ese concepto de persona a un *homo oeconomicus*, egoísta y tendente a servirse de los intereses de los demás para subvenir a la maximización de los suyos, el liberalismo actual insiste, además, en el carácter social de su modelo de persona, como un individuo no sólo «racional» sino también «razonable», capaz de comprometerse al respeto de unos principios de cooperación y justicia, siempre que él mismo –puesto que lo «razonable» no deja de sostenerse en lo «racional»– haya participado en condiciones de igualdad e imparcialidad en el establecimiento de dichos principios y se vean, por ello, suficientemente representados y amparados sus intereses. Este

(585) Vid. HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 91: «Una acción por deber, es decir, la obediencia al Derecho moralmente motivada, es algo que por razones analíticas no puede imponerse mediante coerción».

(586) Así, CAMPS, *Introducción*, p. 22.

sería el modelo, si así se quiere llamarle, de un *homo politicus* (587). Merece destacarse el grado de ascendencia fáctica o normativa de estos modelos, por cuanto ya vimos que era preciso distinguir un concepto empírico o sociológico de individuo de un concepto normativo de persona, diferencia que se revelaba fundamental para entender el debate entre comunitaristas y liberales. Así, mientras los comunitaristas partían de un concepto fáctico de persona para llegar a conclusiones normativas, incurriendo en una «falacia comunitarista», los liberales no negaban el hecho de que los individuos no pueden entenderse en forma atomista y asocial, pero ello no era obstáculo, dado además el hecho fáctico de la capacidad reflexiva propia de la actual situación posconvencional de la conciencia moral (Kohlberg), para construir su concepción de la política y los términos públicos de la convivencia sobre un concepto normativo de persona, restando interés a la esfera privada propia del sujeto moral, por cuanto, como liberalismo político, sólo está interesado en determinar los principios de justicia a que deben atenerse las instituciones públicas, bajo un respeto estricto del principio de neutralidad.

La concepción de la persona posee asimismo notable relevancia en Derecho penal (588). Como ordenamiento jurídico, como instancia política reguladora de las relaciones externas entre los ciudadanos, el concepto de persona en Derecho penal ha de ser un concepto normativo, el de «persona de Derecho», desde el cual establecer el ámbito de derechos y obligaciones de los individuos, así como los límites de la responsabilidad en caso de vulnerar los deberes que le competen; desde el cual determinar, en suma, el trato legítimo que el Derecho puede dispensar al ciudadano. Así, según se conciba esa persona de Derecho, distintos serán los medios por los que el Derecho penal pueda motivar a los ciudadanos al acatamiento de la norma. Respecto de las teorías de la pena vistas hasta ahora, podrían, así, establecerse hasta cuatro modelos distintos.

En primer lugar, la teoría del fin ético-social de ascendencia filosófica hegeliana, parte de un «*hombre moral*», previamente constituido, como miembro de la comunidad ética, en los valores que dan identidad a la misma, valores que son, por ello, verdaderos, legítimos

(587) No obstante, entendido ese término en un sentido diferente al dado por Aristóteles a su *zoon politikon* o al hombre político de Max Weber (Vid. sobre éste, BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 69 y ss.)

(588) Cfr., por ejemplo, TORÍO LÓPEZ, RFDUC 11(1983), pp. 667 y ss.; JAKOBS, ZStW 107 (1995), pp. 849 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 28. También BAURMANN, GA 1994, pp. 370-371, respecto del modelo de conducta establecido por las teorías de la pena para el acatamiento de la norma.

en sí y por sí. En esta concepción subyace una identificación lineal y uniforme entre el Estado ético y el sujeto moral, por lo que la noción de la autonomía moral individual carece de razón de ser: sólo se es miembro de la comunidad en tanto en cuanto se comparten los valores éticos que la conforman; por ello, se exige una obediencia apriorística del Derecho (589) y, por ello, la internalización de los valores ético-sociales inscritos en las normas viene legitimada a tenor de ese suelo cuasimetafísico en que se apoya, según el cual el Espíritu objetivo es lo que aúna lo individual y lo colectivo en una totalidad ética. Idénticas consecuencias, respecto a la vulneración del principio liberal de la autonomía moral, pero un diverso origen, tiene la concepción de persona propia del fin de integración y de la prevención de intimidación psicoanalítica, que podemos llamar «*hombre pulsional*». La persona es aquí contemplada no desde presupuestos filosóficos, sino meramente psicológicos, desde una perspectiva funcional: la prevención de integración orientada a la estabilidad de la conciencia colectiva durkheimiana y, por tanto, a la integración social por medio de la identificación de las conciencias morales individuales; la prevención negativa psicoanalítica orientada a la evitación de conductas lesivas, la cual, como dijimos, si bien no sería reconducible al comunitarismo en cuanto a los fines, desde luego sería antiliberal en cuanto a los medios. A diferencia del «hombre moral» del fin ético-social, el cual se presupone ya constituido por los valores de la comunidad, el «hombre pulsional» característico de estas teorías es concebido como un ser asocial por naturaleza, dirigido por sus instintos irracionales, al cual es preciso, de igual forma que a los niños (590), educar, socializar coactivamente desde un nivel inconsciente y someter a control por medio de la sublimación de dichos instintos (591). En tercer lugar, el modelo de persona en la prevención de intimidación clásica respondería a la noción ilustrada de un «*hombre racional*», capaz de tomar una decisión consciente respecto del acatamiento de las normas según el balance de satisfacción para sus intereses. Esta concepción, a diferencia de las anteriores, respeta la autonomía moral del ciudadano, al establecer una separación entre los medios del Derecho y los de la moral, y exigir, así, únicamente una obediencia externa a las normas, basada en la decisión racional.

(589) Cfr. RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, p. 59; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 276.

(590) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro...?*, pp. 146-147, quien se sirve del ejemplo del proceso educacional del niño para trasladarlo al mecanismo motivatorio de la pena.

(591) Vid. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 42.

No obstante, acentúa en demasía el carácter egoísta de la persona, lo que le lleva a concebirla exclusivamente como un enemigo del Derecho, desconociendo el principio de la autonomía política, al partir del presupuesto de que la tendencia natural del individuo será la de vulnerar el pacto y usurpar el ámbito de libertad de los demás para satisfacer sus intereses. Por último, la teoría de la protección de la vigencia de la expectativa normativa respondería al modelo del «*hombre razonable*». Como vimos, en dicha teoría –según la interpretación aquí sugerida–, de acuerdo a una imagen democrática del Derecho, se parte del hecho de una relativa estabilidad del mismo, dada por el presupuesto de que las normas son reconocidas por los ciudadanos, al ser consecuencia de un consenso; consenso que aquí se ha interpretado desde el contrato social liberal, como expresión normativa del principio democrático. Desde esta premisa, el Derecho, según estos autores, no precisa establecer medios coactivos demasiado contundentes, sino más bien limitarse a un fin de confirmación de la vigencia de las normas previamente aceptadas. El problema de esta concepción, la cual, desde un punto de vista valorativo aparecía como la más legítima de las opciones, es precisamente que argumenta desde un plano excesivamente normativo o idealista, desatendiendo el hecho fáctico de que no todas las normas poseen, actualmente, dicho grado de consenso y de que, en cualquier caso, siempre habrá ciudadanos que pondrán por encima sus intereses personales a la cooperación social. Expresado de otra forma, mientras el modelo del «*hombre racional*» de la prevención de intimidación liberal desatiende el componente de lo «razonable», basado la cooperación intersubjetiva, el modelo del «*hombre razonable*» de la protección de expectativas normativas desatiende el componente de lo «racional», basado en el interés personal inmediato.

Desde una concepción liberal, entonces, el Derecho penal debería asumir un modelo de persona que respondiera a ambas facultades. En este sentido, parece evidente que el Derecho penal, enfrentado a una permanente tensión dialéctica entre la facticidad y la validez, entre una protección efectiva *frente* a potenciales delincuentes y el respeto a unos principios garantísticos no instrumentalizables en aras de dicha protección, debe operar con un concepto de «persona de Derecho» acorde tanto a la realidad fáctica como a presupuestos valorativos (592), ya que un modelo exclusivamente valorativo y

(592) Vid. de nuevo TORIO LÓPEZ, RFDUC 11 (1983), p. 669: «la imagen del hombre ha de nutrirse de las ciencias empíricas y de los presupuestos normativos de un Estado social de Derecho».

excesivamente idealizado contradiría la realidad, por lo que resultaría inviable respecto del fin de protección efectiva de la libertad de los ciudadanos, mientras que un modelo que sólo atendiera a lo empírico abandonaría la atención a las garantías individuales, orientándose exclusivamente hacia una maximización estratégica de la efectividad punitiva, y vulnerando, de igual forma, la libertad de los ciudadanos.

En este sentido, considero que una imagen que diera prioridad a lo «razonable», pero que no abandonara lo «racional», podría responder a esa necesidad de ponderar la prevención y las garantías. Conviene, por ello, antes de continuar, enunciar brevemente las características generales que definirían ese modelo de persona, que llamaré *homo politicus*, detallando algunos extremos ya mencionados con anterioridad.

Como algún autor ha afirmado, la concepción del hombre como ser racional y autónomo, interesado en la prioridad de su libertad, es la que ha de presidir la labor de un Estado de Derecho (593). Dicha racionalidad —entendida en sentido genérico—, va dirigida, así, respecto a las *razones para la acción* que orienta la actuación del individuo, hacia la persecución de la máxima libertad, del máximo interés individual. Y, como hemos venido expresando, caben dos formas esenciales de racionalidad: la primera sería la propia de lo «racional» —en un sentido sólo similar al rawlsiano—, característica del modelo clásico del «*hombre económico*»; la segunda sería la inherente a la facultad de lo «razonable», que podemos denominar como la racionalidad propia de un «*hombre cooperador*» (594). Así, partiendo de que ambos modelos están orientados hacia la consecución de la máxima satisfacción personal, para obtener ésta, dichos modelos operarían según un diferente *criterio de decisión*: mientras el hombre económico partiría siempre de un criterio *consecuencialista*, es decir, de la ponderación a corto plazo de costes y beneficios, estando compelido a elegir siempre la acción que represente, en la situación concreta, la mayor utilidad —sería lo que puede llamarse un «maximizador *situacional* de utilidad», en la terminología de Baurmann (595)—; el hombre cooperador está facultado para motivar su acción de acuerdo con un criterio de decisión basado en una disposición al *respeto a las normas*, sacrificando lo que podría aparecer como más

(593) BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 116-117.

(594) Sobre ambas formas de racionalidad, puede cfr. BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 75 ss.; GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, pp. 104 ss.

(595) BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 75.

útil a corto plazo mediante el quebrantamiento de la norma en aras de un mayor beneficio para su libertad a más largo plazo, basado en la cooperación intersubjetiva –sería, según los términos del autor citado, un «maximizador *disposicional* de utilidad»–.

Reiteremos una vez más la tesis de que un Estado democrático no podría fundarse bajo el modelo del hombre económico hobbesiano, sino que en la propia noción de democracia radica la idea, por el hecho de que las normas y principios que lo constituyen son fruto del acuerdo intersubjetivo, de un cierto compromiso de los ciudadanos a someterse a las condiciones pactadas y de una cierta tendencia a la cooperación y al respeto a las normas que regulan la convivencia. Por ello, el modelo que ha de presidir el trato que el Derecho penal debe dispensar a los individuos es el del hombre cooperador. Este modelo implica, como digo, la imagen de un individuo capaz de vincularse al respeto de las normas, y de limitar su libertad en la situación concreta en la expectativa de que ello le reportará una mayor libertad. Frente a la racionalidad económica, la racionalidad del hombre cooperador conlleva un aumento de su autonomía, de su capacidad de optar en relación a sus acciones. A diferencia de aquél, éste no se ve compelido a la constante persecución hedonista de utilidad, sino que es capaz de adoptar una perspectiva de futuro, ponderando costes y beneficios a más largo plazo. En palabras de Baumann, puede escapar a la «paradoja del hedonismo», «según la cual justamente la renuncia a la persecución incesante de ventajas personales puede ser personalmente ventajosa» (596). La orientación del Derecho penal a esa imagen de la persona está sostenida en los propios presupuestos de la sociedad democrática como empresa de cooperación para el beneficio mutuo. Así, en una sociedad en la que las normas que regulan la convivencia se crean por los propios destinatarios de las mismas a partir de la satisfacción de los intereses de cada uno de ellos, puede partirse de un *principio de confianza* en las expectativas respecto de las acciones de los demás, pudiendo esperar *Ego* que *Alter* actúe también como cooperador.

Dicha tendencia a la cooperación, presentada aquí de forma analítica, no implica la suposición de que toda persona, a la hora de situarse frente a la decisión del acatamiento o no acatamiento de una norma penal, efectúe ese complejo proceso cognitivo, y pondere todas las expectativas de actuación de los terceros de su entorno y el saldo global de beneficios en un plazo prolongado de tiempo. Tal

(596) BAUMANN, *El mercado de la virtud*, p. 79; en el mismo sentido, GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 107.

modelo de conducta, indudablemente, no se da en la realidad. Por el contrario, la idea del hombre cooperador sólo pretende venir a reflejar el hecho de que en sociedades estables y democráticas, sostenidas bajo unos principios de justicia relativamente aceptables, y en las que el Legislador es considerado legítimo y actúa en consecuencia, la generalidad de los ciudadanos desarrollarán una tendencia a la cooperación y al acatamiento de las normas, mediante un proceso de «socialización jurídica», si se quiere llamar así, que lleva a generar en los ciudadanos el convencimiento racional de que el respeto a las normas es tanto lo correcto como lo más beneficioso para todos, por cuanto la cooperación continuada supondrá mayores beneficios generales para la convivencia social. Entendido de esta forma, dicho modelo de hombre cooperador puede representar la imagen de persona en la que habría de sostenerse un orden jurídico no sólo liberal, sino también democrático (597). Consecuentemente, con ese modelo de conducta tendríamos, así, una forma de acatamiento a las normas no motivada en razones estratégicas a corto plazo, sino, en gran medida, dada por presupuestos valorativos —a partir de esas «virtudes públicas» de tendencia a la cooperación (598)—, de respeto a las normas y, por extensión, de respeto al ámbito de libertad de los demás integrantes en sociedad.

Pero, reiterando conclusiones anteriores, ha de decirse que la regla de decisión basada en el respeto a las normas en que el hombre cooperador orienta sus acciones no viene motivada por razones altruistas o deontológicas —según un imperativo categórico, incondicionado—, sino que la cooperación no deja de sostenerse en el substrato del autointerés racional, es decir, que está condicionada a la satisfacción general de los intereses personales —pudiendo hablarse, entonces, de un imperativo hipotético—. Ello es lo que pretendía destacarse cuando se afirmó que lo «razonable» dependía en todo caso de lo «racional». Así, el ciudadano ha desarrollado

(597) BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 245: «mientras que, sobre la base del modelo económico del comportamiento, en vista de las condiciones de vida en una sociedad de masas, el abismo entre la racionalidad individual y la racionalidad colectiva parece ser insuperable, sobre el modelo del maximizador disposicional de utilidad puede ser plausible que también bajo esas condiciones pueda responder al autointerés a largo plazo de un individuo el adquirir disposiciones y virtudes morales y, con ello, también la disposición a contribuir y a asegurar la producción de bienes públicos».

(598) Cfr. el concepto de «virtud» empleado por BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 96; así como la noción de «moral» de GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p.112.

una disposición al respeto de las normas porque en la convivencia democrática ha podido comprobar que el diálogo y la cooperación son instrumentos más eficaces para maximizar su libertad, al crear condiciones estables de seguridad y paz social necesarias para su desarrollo, que el servirse de las libertades ajenas, conducta que, generalizada, conllevaría la inestabilidad de dichas condiciones (599). En este sentido, la cooperación sólo es racional para el individuo si ello reporta una mayor maximización de su libertad. Como lo expresa Baurmann, «el maximizador disposicional de utilidad no está irrevocablemente sujeto a una norma sino que lo está sólo mientras las estructuras relevantes de incentivos se mantengan constantes y el mantenimiento de su disposición responda a sus intereses» (600). Y ello, desde nuestra perspectiva del contrato social, sólo podría darse cuando todas las partes cumplieran, en un grado suficiente, lo pactado. Es decir, precisa de, al menos, tres condiciones genéricas:

a) Que la labor del Legislador se ajuste a los principios de justicia, lo que, como hemos visto, implicaría el establecimiento de un Derecho penal mínimo, protector de las condiciones *esenciales* de la libertad intersubjetiva.

b) Que la labor de los jueces se realice bajo el respeto a los principios garantísticos de justicia que protegen al ciudadano como potencial delincuente.

c) Que los demás ciudadanos orienten sus acciones también según el respeto de las normas; o, en todo caso, que *Ego* pueda razonablemente confiar en ese respeto por parte de *Alter*.

En relación con la presentación del modelo de persona que habrá de determinar el trato del Derecho penal al ciudadano, puede resumirse afirmando que el *homo politicus*, como sujeto racional e interesado prioritariamente en su propia libertad, orienta su actuación bajo una sola *razón para la acción*: la maximización de su libertad; si bien, para ello posee dos *criterios de decisión*: uno consecuencialista, como «hombre económico», y otro basado en el *respeto a las normas*, como «hombre cooperador». Como partícipe en una sociedad democrática, habrá generado una disposición al respeto a las normas esenciales que regulan la convivencia; pero como

(599) LUHMANN, *Confianza*, p. 125, afirma, por ejemplo, que la confianza es, generalmente, «la opción más fácil y por esta razón hay un fuerte incentivo para comenzar una relación con confianza».

(600) BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 83.

esa disposición viene siempre sometida a la satisfacción de sus intereses, la perspectiva del hombre cooperador estará siempre subordinada a la estabilidad –entendida como el respeto generalizado a las condiciones del acuerdo–, de cuyo grado dependerá la entrada en acción de la perspectiva de su faceta como hombre económico, pues si la cooperación, si el respeto a las normas no le reporta la máxima utilidad, lo más racional será la desconfianza (601) y, consecuentemente, la tendencia al quebrantamiento de las mismas (602).

Esta imagen del hombre puede resultar demasiado optimista para quienes asuman una concepción antropológica pesimista; y viceversa, resultará demasiado negativa para quienes partan de una noción más optimista del hombre. En este sentido, debe tenerse en cuenta la relevancia que los excesos tanto optimistas como pesimistas de la imagen del hombre pueden conllevar para la comprensión del *ius puniendi*. Así, en una sociedad de demonios sería preciso un Derecho penal draconiano y contundente, carente de límites, pero en una sociedad de ángeles no sería necesario un Derecho penal. A mi juicio, la imagen del hombre como *homo politicus* supone una comprensión intermedia entre el «ángel» –sujeto incondicionalmente fiel al Derecho –y el «demonio» –sujeto incondicionalmente vulnerador del Derecho–, por lo que puede representar una imagen realista en

(601) En este sentido, LUHMANN, *Confianza*, pp.123-124, afirma que la desconfianza no sólo es el reverso de la confianza, sino que es, asimismo, un *equivalente funcional* a ésta: la desconfianza conlleva también una reducción de complejidad, puesto que *Ego* orientará sus acciones bajo la previsión de posibles ataques por parte del entorno. Si bien, en cualquier caso, la desconfianza siempre será una opción más costosa que la confianza, puesto que el precio de la seguridad será mayor, ya que será precisa la articulación de más medios de evitación de lesiones de intereses personales.

(602) BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 80-81, expresa similares ideas de la siguiente forma:

«*Primero*, ambas reglas de decisión, la orientación consecuencialista y la sujeción a normas, son instrumentos para la persecución de intereses, es decir, ambas pueden ser vinculadas con la obtención de utilidad subjetiva en tanto razón para la acción.

Segundo, estas reglas de decisión no se encuentran separadas entre sí, sino que también la elección entre ellas puede ser explicada como un proceso basado en intereses.

Tercero, se mantiene una única pauta de racionalidad, pues, de acuerdo con dicho modelo, actúa racionalmente no ya el actor que se comporta consistentemente de acuerdo con una de ambas reglas de decisión sino sólo el actor que se comporta consistentemente de acuerdo con aquella regla que, en última instancia, maximiza su utilidad subjetiva.»

relación a nuestra propia concepción como ciudadanos en la actualidad (603).

c) *Razones para el respeto a las normas y el problema de la estabilidad*

Como acabamos de ver, condición para la tendencia a la cooperación, para que *Ego* mantenga una tendencia al acatamiento voluntario de las normas, es la estabilidad, entendida en el sentido de que los demás participantes en el tráfico jurídico (*Alter* y Estado) orienten su actuación bajo el respeto a los criterios, racional e intersubjetivamente emitidos, de justicia. En este sentido, ya vimos que el sometimiento por parte del Legislador a lo que sería un Derecho penal mínimo –el más «racional» en tanto en cuanto el balance entre la limitación de libertad y la maximización de libertad sería positivo para los ciudadanos– no sólo vendría impuesto por una exigencia liberal de legitimidad, sino también dada su mayor presunción de efectividad, en lo tocante al respeto de las normas. De igual forma, el respeto de los principios garantísticos de justicia en la aplicación del Derecho, fundamentado en criterios deontológicos, podría, al menos a largo plazo, ser además teleológicamente adecuado, ya que un sistema injusto, si bien susceptible de generar coyunturalmente consenso, sería a la larga desestabilizador. Planteados brevemente estos dos extremos de la estabilidad, las consideraciones siguientes harán hincapié en el tercero de ellos: la actuación de los ciudadanos. La tesis de partida será, entonces, que la actuación de los demás ciudadanos aportará razones a *Ego* para la decisión sobre el acatamiento de las normas.

Sabido es ya que el presupuesto de la cooperación en que se basa el orden social de una sociedad democrática exige que los participantes, posponiendo sus intereses a corto plazo, susceptibles de obtención a costa de la vulneración de las normas, desarro-

(603) En este sentido, BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 220-221 y 245 ss. Cfr. también, LUHMANN, *Confianza*, pp.125-126: «Una invocación generalizada de la confianza o de la desconfianza con referencia a todo posible sentido, es muy poco factible. Nadie puede esperar sólo lo bueno o sólo lo malo de cada uno, y en todo aspecto»; DÖLLING, *ZStW* 102 (1990), p. 18: «El hombre no es sólo una esencia moral, sino también un “homo oeconomicus”. Y éste impone determinados límites a la confianza en la moralidad del hombre»; SEN, *Sobre ética y economía*, pp. 36-37: «Negar que las personas se comportan siempre de modo exclusivamente egoísta no es lo mismo que afirmar que actúan siempre de modo desinteresado... La cuestión real se encuentra en saber si es una pluralidad de motivaciones o exclusivamente el egoísmo lo que mueve a los seres humanos».

llen una tendencia en el respeto a las condiciones que hacen posible la cooperación. La generalización de esa actuación, dado el estado de estabilidad que generaría, permitiría que cada cual persiguiera y desarrollara los medios necesarios para satisfacer sus intereses sin temor a que éstos se vieran vulnerados por intromisiones ilegítimas por parte de terceros. En otras palabras, *la cooperación generaría un estado de confianza en las expectativas de conducta de los miembros de la sociedad*, estado de confianza que es condición del libre disfrute de los intereses individuales. La cooperación es, así, factor esencial de la confianza (604). Pero la confianza no es sólo consecuencia de dicha disposición generalizada a la cooperación (605), inherente al acuerdo democrático, sino que es también requisito de la misma. La confianza es, así, factor esencial de la cooperación. En otras palabras, sólo cuando la confianza originada en el acuerdo pueda reproducirse se reproducirá la tendencia cooperadora. Cooperación y confianza se implican mutuamente.

El hombre cooperador, con su interés por establecer márgenes pacíficos de cooperación que posibiliten el beneficio mutuo y con el consiguiente sometimiento a las normas establecidas para ello, lo que busca en última instancia es la optimización de sus propios intereses. Así, la renuncia a perseguir el beneficio inmediato que una acción que vulnerara dichas normas pudiera reportarle, viene motivada por el hecho de que cabe confiarse en que la tendencia a la cooperación resultará, a la larga, más satisfactoria para sus intereses, por estar excluido el factor de riesgo y de permanente temor a ver sus bienes arrebatados por terceras personas, por un lado, y al poder construir instrumentos de actuación colectiva, más eficaces en relación a la consecución de fines que la acción individual (606). Pero la cooperación, el respeto a las normas, sólo resultará beneficiosa para el sujeto en la medida en que los demás acaten también las condiciones del pacto, es decir, que actúen asimismo como hombres cooperadores, y no como hombres económicos. «Es racional cumplir con lo racionalmente acordado siempre que se tenga la garantía de que tam-

(604) Sobre ello, LUHMANN, *Confianza*, pp. 39 ss.

(605) LUHMANN, *Confianza*, p. 72: la confianza tiene su origen en un *compromiso mutuo* entre las partes.

(606) Sobre esto, cfr. las consideraciones que realiza BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 105 ss. sobre las «empresas cooperativas». Vid. también LUHMANN, *Confianza*, p. 154; GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, pp. 122-123, argumentando con el clásico ejemplo de la cosecha dado por Hume.

bién las otras partes contratantes lo cumplirán» (607). Así, un hombre cooperador tenderá al respeto de las normas sólo *cuando pueda esperar* que los demás respetarán las normas (608): la *confianza* en el respeto de las normas por parte de *Alter* ofrecerá a *Ego* una razón para reafirmarse en su disposición a la cooperación. Ello aparece ya en Rawls, quien resalta que «aun cuando con un sentido de la justicia los hombres se unen en una aventura cooperativa, ello se basa en la *creencia* de que los demás cumplirán su parte, los ciudadanos pueden sufrir la tentación de evitar contribuir, cuando creen, o *sospechan* con razón, que los demás también lo evitan» (609). En este sentido, dado el entramado interpersonal en que se organiza toda cooperación, debe partirse de que las acciones individuales ejercerán influencia en el entorno (610): una actitud cooperadora por parte de *Ego* fomentará actitudes cooperadoras en *Alter* (611); y una actitud egoísta generará actitudes egoístas en el entorno.

En suma, la confianza, la seguridad en las expectativas de que se cumplirán las normas, conlleva un criterio de estabilidad: fomenta la cooperación, y viceversa, la sospecha de que *Alter* vulnerará las condiciones de cooperación y hará predominar su componente económico frente al cooperador, generará, a su vez, desconfianza, y llevará

(607) ZIMMERLING, *Doxa* 6 (1989), p. 50; en igual sentido, GÜNTHER, *Möglichkeit einer diskursethischen Begründung*, p. 207; AXELROD, *La evolución de la cooperación*, p. 69. La misma idea, respecto del acatamiento de las normas penales, expresan KINDHÄUSER, GA 1989, p. 502, y DÖLLING, *ZStW* 102 (1990), p. 17.

(608) Así, SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 4; BAURMANN, GA 1994, p. 380; KUHLEN, GA 1994, p. 365, siguiendo al anterior. También GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 69: «En un tipo de interacción... cooperativa, un agente racional basaría en un principio moral su elección entre acciones posibles, siempre que esperara que los demás hicieran lo mismo».

(609) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 376 (cursivas añadidas).

(610) Cfr. GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 70, y la distinción que hace entre relaciones paramétricas –en las que la configuración del entorno es independiente de la decisión– y estratégicas –en las que la decisión condiciona el entorno, por lo que la propia decisión se hará depender de las modificaciones esperadas en el entorno–, propias de la cooperación. En similar sentido, AXELROD, *La evolución de la cooperación*, p. 23.

(611) Cfr. BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 94 ss., especialmente, p. 96: «También desde este punto de vista es plausible considerar la capacidad de sujeción normativa como un *aumento* de las capacidades de un maximizador racional de utilidad. Ella abre una posibilidad *adicional* de influir en las expectativas y, con ello, en las acciones de otras personas» (cursivas en el original). Asimismo, GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 106: «El cooperador se abstiene de perseguir la maximización del valor dadas sus expectativas sobre las estrategias de otros. Puede así influir en las decisiones ajenas y, por ende, en sus expectativas propias: otros cooperadores, anticipando su decisión, responden con una actitud cooperativa».

la inestabilidad, ya que *Ego* dejará de tener razones para la cooperación (612). Tenemos así un primer factor de inestabilidad: *la desconfianza*. Ante ello, el problema en relación con el mantenimiento del orden social es que aquel principio de confianza inferido del acuerdo intersubjetivo, que podrá darse fluidamente en empresas cooperativas de miembros reducidos, adolece de un considerable grado de precariedad en las sociedades actuales, dado su complejidad y pluralismo. Como vimos, una paradoja del liberalismo era que, si bien se configuraba como la respuesta más adecuada ante el hecho del pluralismo actual, ya que alternativas comunitaristas conllevarían actitudes conservadoras y opresivas, tendentes a la imposición coercitiva de las convicciones morales de la mayoría, ese mismo pluralismo y complejidad se revelaba asimismo como un factor importante de inestabilidad. En estas sociedades, entonces, el hombre cooperador está sometido a la ponderación de la satisfacción de sus intereses bajo condiciones de *incertidumbre* y opacidad, ya que el anonimato propio de las mismas impide formar una expectativa definida respecto de la confianza en la actuación de los demás (613); en consecuencia, el principio de confianza interpersonal, pilar de la cooperación, se torna, en las sociedades complejas, en desconfianza. Dado este hecho, aun cuando las normas respondan a los intereses de todos los intervinientes –lo que permitía establecer una confianza *prima facie*–, la desconfianza propia de las sociedades complejas aportaría razones a *Ego* para no acatar las normas, ya que, dada la permanente sospecha respecto del compromiso de *Alter*, no podría asumirse por el primero que la cooperación satisfaría dichos intereses (614).

Pero junto a ese primer factor de inestabilidad, el de la desconfianza, existe un segundo elemento, que opera también como causa de dicha desconfianza, y que amenaza por ello con socavar las bases de la cooperación (615); éste no es otro que la inercia hacia tenden-

(612) Así, LUHMANN, *Confianza*, p. 129. Siguiendo a Merton, afirma que los procesos de confianza y desconfianza están sometidos a patrones de retroalimentación positiva, al modo de profecías de autocumplimiento.

(613) Cfr., sobre ello, BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 98 y 99.

(614) En este sentido, destaca HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 87, la tendencia al incremento de las interacciones de tipo estratégico –basadas en la racionalidad de nuestro «hombre económico»– en las sociedades complejas de la actualidad, frente a una menor motivación a acciones comunicativas –propias de lo que venimos llamando «hombre cooperador»–.

(615) Ambos elementos de inestabilidad están expuestos en RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 376-377. En un sentido similar, también BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 99; WITTIG, *ZStW* 107 (1995), p. 264.

cias no cooperativas. Con ello entra en escena la faceta del «hombre económico» que también posee nuestro *homo politicus*. Dicha inercia viene motivada por una realidad inherente a la racionalidad de la maximización del interés: en una organización basada en la cooperación existirá siempre una alternativa más racional que la cooperación para maximizar el interés personal: la del *free rider*, consistente en maximizar su interés inmediato a expensas de la cooperación de los demás (616). *Ego* sabe que el respeto de las normas por parte de *Alter* depende de que éste espere que aquél respeta las normas; por ello, lo más racional para *Ego* será una *estrategia de simulación* (617): crear la expectativa en *Alter* de que respetará las normas y al mismo tiempo aprovecharse de dicha confianza para vulnerarlas y beneficiarse de la cooperación de los demás. Pero esa estrategia conlleva una paradoja, ya que, como se dijo, la no cooperación generará antes o después situaciones de desconfianza (618): como todos los participantes, como *homo politicus* poseedores de dos reglas de decisión: cooperativa y económica, conocen el hecho de que lo más racional será la simulación y la no sujeción a normas, todos partirán de la desconfianza mutua, y tenderán a actuar de la misma forma, reproduciéndose la inestabilidad, la no cooperación. Dado este hecho, esa estrategia egoísta, aparentemente la más racional, conlleva en sí misma su propia refutación, que la hace en realidad menos racional a largo plazo. Reiteremos esta conclusión: la paradoja a que se enfrenta la regla de decisión del hombre económico es que, si bien lo más racional para *Ego* es, a corto plazo, quebrantar la norma y servirse del respeto de las normas por los demás, la disposición por parte de *Ego* al quebrantamiento de las normas abocaría a la desconfianza y, por tanto, al quebrantamiento generalizado de las normas por parte de *Alter*; lo que conllevaría, a la larga, un detrimento de los intereses de todos los participantes, incluido el del mismo *Ego*. La actuación bajo parámetros económicos vendría a reducir la libertad del propio

(616) Así, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 154; el mismo, GA 1989, p. 496. También RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 376: «Desde el punto de vista del propio interés, cada persona tiende a eludir el cumplir su parte».

(617) Cfr. BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 99 y 116 ss.; NOZICK, *La naturaleza de la racionalidad*, p. 30.

(618) BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 99: «... la utilidad posible de la simulación exitosa de una sujeción normativa puede ser grande (y)... la simulación misma puede ser fácil... Como consecuencia de ello, existe la amenaza de un ambiente de permanente *desconfianza* recíproca que puede convertirse en un gran obstáculo para poder realizar efectivamente las ventajas potenciales de la sujeción normativa disposicional».

actor. Es dado este hecho por lo que se afirmó que una sociedad de hombres económicos, al estilo hobbesiano, no sería viable; y por lo que puede reafirmarse la racionalidad de orden superior que conlleva la cooperación en lo tocante a la maximización de la propia libertad. En suma, sólo la cooperación permitirá la satisfacción de los intereses de todos y de cada uno de los intervinientes en el entramado social; es decir, sólo la cooperación posibilita la continuidad de un orden social liberal y democrático.

Las consideraciones anteriores sobre la racionalidad de la cooperación, sobre la racionalidad del acatamiento de las normas, pueden representarse a modo de esquema por medio del dilema del prisionero (619), el cual ilustra, precisamente, lo que se ha querido expresar con anterioridad: una situación basada en la incertidumbre en la que la racionalidad económica de las partes, que se presenta a priori como la más racional de las opciones, viene a conllevar un resultado peor que el que arrojaría una actividad cooperadora, dado el hecho de que una actitud no cooperadora generaría la desconfianza y, con ello, actitudes no cooperadoras en el entorno. Imaginemos que dos presos, A y B, están acusados de un delito grave cuya pena es de 10 años de cárcel y a ambos, separados en diferentes celdas e incomunicados entre sí (situación de incertidumbre), se les presentan dos posibilidades de actuación: confesar o no confesar, las cuales conllevarán diferentes consecuencias respecto de la condena de ambos. Así, si sólo uno confiesa, el Estado le premia con la libertad y el otro es condenado a la pena máxima de 10 años; si, en cambio, los dos confiesan, reciben ambos una pena de 5 años; y si, por último, ninguno confiesa, se les impondrá a ambos una pena de 1 año de cárcel.

De ello resulta que para A la opción óptima es confesar, pero siempre que B no confiese; es decir, la actuación egoísta (confesar) sólo maximizará el interés de A cuando B mantenga una actitud cooperadora (no confesar); pero A sabe que B razonará de igual forma, es decir, que se decidirá a confesar sólo cuando tenga la expectativa de que A no confiese. La no confesión de uno y la confesión del otro supondrá para el primero la máxima pena, por lo que, sabiendo A

(619) El dilema del prisionero, en similares versiones, aparece, por ejemplo, en RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 306 y nota 9; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 154; el mismo, GA 1989, p. 496; GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, pp. 77-78 y 94-95. Un tratamiento más extenso del mismo puede verse en NOZICK, *La naturaleza de la racionalidad*, pp. 80-91; AXELROD, *La evolución de la cooperación*, pp. 19 ss. y *passim*. Cfr. asimismo, VALLESPÍN, *Historia de la teoría política*, pp. 289-290, quien, citando a Gauthier, pone en relación el dilema del prisionero con el problema del orden social en Hobbes.

que la opción óptima de B será confesar, A optará también por la confesión, ya que, dada la desconfianza en la cooperación de B, no se arriesgará a mantener una actitud cooperadora y a cumplir la máxima pena. Así, haga lo que haga B, lo más racional para A es confesar, y viceversa, ya que si uno no confiesa el otro obtiene con la confesión la libertad, y si ambos confiesan obtendrán una pena intermedia de 5 años (620). Como vemos, ante situaciones de incertidumbre y de desconfianza, lo que aparece más racional sería una acción no cooperadora (confesar), pero esa maximización inmediata del interés por parte de ambos conllevará para los dos una situación peor –5 años de cárcel– que la que hubiera supuesto una actitud cooperadora por parte de ambos (no confesar), la cual supondría una pena de sólo 1 año de privación de libertad. Indudablemente, el máximo beneficio posible desde la perspectiva individual sería confesar sin que el otro lo haga (actitud del *free rider*), por lo que puede presumirse que una persona tenderá a actuar egoístamente siempre que espere una tendencia cooperadora en la otra, pero esa situación no podría darse ya que el otro, al saber que para aquél lo más racional es confesar, desconfiaría de su tendencia a la cooperación, por lo que tampoco cooperaría y también, por tanto, confesaría. En suma, el egoísmo sería contraproducente y sólo una actitud cooperadora podría maximizar el interés de cada uno (621), pero la desconfianza en la cooperación del otro motivaría a la no cooperación.

Por todo ello, y dado que, en dicha situación interpersonal de opacidad e incertidumbre, la confianza en las sociedades actuales no podrá generarse espontáneamente, al modo de una «mano invisible» reguladora de un libre mercado, es precisa la intervención mediadora del Estado, que reafirme la confianza en la estabilidad y aporte, con ello, razones suficientes para creer en los beneficios de la cooperación. En este sentido, el Derecho, y el Derecho penal, en lo que a nosotros concierne, podría entenderse, así, como un mecanismo regulador de la estabilidad.

(620) Ello puede expresarse también de la siguiente forma (NOZICK, *La naturaleza de la racionalidad*, p. 81): cada prisionero razona como sigue: «Si la otra persona confiesa y yo no, a mi me caerán 10 años de cárcel; mientras que si yo confieso me caerán 5 años. Si la otra persona no confiesa y yo no confieso, me caerá 1 año de cárcel, mientras que si yo confieso, me dejarán libre. En cualquier caso, haga lo que haga la otra persona, a mi me irá mejor confesando que no confesando. Por lo tanto, confesaré».

(621) Así, GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 106 y *passim*.

d) *El fin del Derecho penal como protección de la vigencia de las normas*

Resumiendo las consideraciones anteriores en una tesis genérica, puede afirmarse que el mantenimiento y reproducción de la estabilidad del orden jurídico —es decir, del respeto a las normas— y, por extensión, del orden social, depende del grado de confianza en dicha estabilidad. Y que, en las sociedades actuales, dicha confianza no podrá autorreproducirse por vías espontáneas de cooperación social, sino que será preciso el establecimiento de un orden coercitivo que mantenga dicha confianza en los coasociados. A partir de esta tesis, y sirviéndome de algunas conclusiones a que llegamos en páginas anteriores, pueden ahora reconstruirse las líneas generales del fin que debe perseguir el Derecho penal.

(Primer nivel de estabilidad)

En una concepción liberal, la misma génesis del orden social está sostenida en la cooperación basada en el beneficio mutuo. Para establecer los márgenes de libertad con los cuales cada individuo pueda desarrollar su libertad personal sin temor a verla quebrantada por terceras personas, los coasociados, personas racionales interesadas prioritariamente en su propia libertad, acordarían el establecimiento de un orden normativo que respondiera con igualdad a los intereses de todos los participantes. Dado este hecho, puede establecerse que dichas normas, por todos acordadas, serían voluntariamente respetadas por los mismos. Expresado de otra forma, ha de partirse de una confianza *prima facie* en el respeto por parte de los ciudadanos al principio *pacta sunt servanda*, es decir, en que tenderán al respeto de las normas democráticamente elegidas. Tendríamos, así, un primer factor de confianza.

Desde este presupuesto, el criterio de motivación de la norma vendría dado por la vinculación valorativa del destinatario a la misma, dado el hecho de su autolegislación. Dada la tendencia a la cooperación que en un orden social de esas características mantendrían los ciudadanos, no sería preciso interponer medios directivos de conducta de carácter vinculante, sino que la misma pretensión legítima de respeto derivada del acuerdo motivaría en el respeto a las reglas de cooperación. La validez de las normas, originada en la cooperación intersubjetiva, generaría entonces confianza en el respeto a las mismas, fomentando la tendencia a la cooperación.

Pero el mero reconocimiento de las normas por los ciudadanos, si bien necesario, no es razón suficiente para su acatamiento y, por

tanto, tampoco es razón suficiente para una confianza razonable en el respeto al pacto. Más allá de que en la realidad democrática las normas no responden a ese procedimiento ideal de producción, y que, por tanto, existirán grados de reconocimiento entre las diversas normas que conforman el ordenamiento jurídico-penal, el hecho es que incluso las normas que responden al interés en la libertad de todos los destinatarios adolecerían de un considerable grado de inestabilidad (622). Como se ha resaltado, son varios los factores de inestabilidad que vendrán a poner en tela de juicio la presunción de confianza *prima facie* en la tendencia a la cooperación.

(Segundo nivel de estabilidad)

Un primer factor de inestabilidad radicaba en el inevitable grado de desconfianza mutua presente en las sociedades complejas. Así, mientras en una pequeña organización cooperativa o, en general, en comunidades simples y cerradas, la presencia de intensos vínculos personales basados en la familiaridad bastaría para mantener la confianza en la vinculación a las normas por todos acordadas, en grandes sociedades complejas, donde predomina el pluralismo moral y político y en las que las relaciones interpersonales se diluyen en el anonimato, la confianza es un bien escaso y tiende a ser sustituida por la incertidumbre y la desconfianza mutua. En estas sociedades, aun cuando exista una disposición a la cooperación, dicha permanente incertidumbre e inseguridad respecto a las expectativas normativas generaría una rápida inestabilidad y los ciudadanos no encontrarían razones para el respeto de las normas, puesto que, como es sabido, para el ciudadano no será racional la cooperación si no existe un grado razonable de garantía en el acatamiento de las normas por parte de *Alter*. Se hace entonces preciso el establecimiento de un sistema institucionalizado y centralizado de organización social, capaz de generar coercitivamente dicha confianza. En palabras de Luhmann, en sociedades complejas la confianza interpersonal se torna en desconfianza, por lo que ha de ser sustituida por la confianza institucional (623). Así, los ciudadanos, conscientes de esa incertidumbre y opacidad en las relaciones –las cuales podrían venir paradigmáticamente representadas por el velo de ignorancia rawlsiano–, encontrarían racional la creación de un mecanismo formalizado de sanciones, que, dentro de unos márgenes estrictos de justicia,

(622) KINDHÄUSER, GA 1989, pp. 496 y 497; similar, en *Gefährdung*, p. 154.

(623) LUHMANN, *Confianza*, p. 65: la ley sería «sustituto» de la confianza interpersonal; *vid.* también pp. 81 ss.

mantuviera vigente la seguridad de las expectativas normativas y ratificara que la cooperación continúa siendo el medio más racional para maximizar su libertad.

El fin del Derecho penal sería, según este segundo nivel de estabilidad, esencialmente el de *reafirmar* la vigencia de las expectativas normativas. Con la institucionalización de las normas de convivencia en un orden vinculante, viene a manifestarse simbólicamente la disposición a la cooperación de los ciudadanos. Como afirma Rawls, «Imponiendo un sistema público de sanciones, el gobierno excluye las bases para pensar que los demás no cumplen las normas. Únicamente por esa razón un soberano coercitivo es siempre necesario» (624). El criterio de motivación al acatamiento de las normas viene dado asimismo desde el origen consensuado de las normas jurídicas, si bien esa confianza *prima facie* del primer nivel de estabilidad se ve apoyada por la institucionalización y por su manifestación simbólica a través del revestimiento de autoridad del legislador legítimo. Dada la presunción, entonces, de que los ciudadanos son hombres cooperadores, respetuosos del Derecho, la sanción no habría de ejercer una motivación coactiva y directa al respeto de las normas; como vimos que afirmaban los defensores de esta concepción del Derecho penal, «las normas que tienen una base legítima no necesitan de la amenaza como medio de motivación» (625), sino que el respeto a las normas vendrá generado en la corrección valorativa de las mismas (626). La conminación penal abstracta, todo lo más, vendría a reforzar simbólicamente la pretensión de respeto del interés personal protegido por la norma (627). No obstante, según mi concepción ello no tiene por qué llevar a asumir, frente a la tendencia generalizada de la preven-

(624) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 276.

(625) FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 90.

(626) En similar sentido, KUHLEN, GA 1994, p. 364; BAURMANN, GA 1994, pp. 376-378, quien expresa dicho presupuesto bajo la concepción de Weber de la «legitimidad por vía de legalidad», según la cual los destinatarios atribuirían corrección normativa a las normas en base a la creencia en la legitimidad del Legislador (sobre ello, *vid.* también WEBER, *Soziologische Grundbegriffe*, pp. 62-63). No obstante, merece destacarse una diferencia entre esta concepción y la del texto: según el criterio liberal del contrato social aquí empleado, las normas serían legítimas no sólo en función de la legitimidad de la autoridad de la que emanan, sino en función del propio contenido de las normas (podría hablarse, así, de una diferencia entre la validez formal de la norma, basada en el procedimiento de creación, y una validez material, basada en el propio contenido de la norma). Para una crítica a la noción weberiana, cfr. HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 536, oponiéndole una validez material como criterio de legitimación —y, por tanto, de estabilidad— de las normas.

(627) Así también, por ejemplo, BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones*, p. 50.

ción general positiva, que haya de prescindirse o relativizarse el momento de *prevención* de conductas como *telos* del Derecho penal, sino que, si bien, dada la disposición a la cooperación de los ciudadanos, la conminación abstracta de pena, carente de funciones instrumentales de coacción directa (628), poseería una función residual, esa función preventiva, tendente a la evitación de acciones desde el momento en que vaya a comenzarse su realización, sería realizada por el mensaje valorativo de la norma. Es decir, sería la propia norma y no la amenaza de pena la que, a través de su mensaje prescriptivo legítimo, ejercería una función directiva de conductas. Por su parte, respecto al fin de la pena, sería la imposición concreta la que adquiriría protagonismo frente a la amenaza. El fin de la misma sería, por un lado, el de ratificar la validez de las normas, por medio de la expresión simbólica de la corrección valorativa de las normas acordadas a expensas del que con su acción las ha puesto en duda –para lo que será preciso que la pena se ajuste a los límites garantísticos acordados por todos los ciudadanos, puesto que, como parte de los principios consensuados en el contrato social, el quebrantamiento de los mismos pondría en tela de juicio el acuerdo en su conjunto y, por tanto, también la corrección de las normas de conducta (629)–; y, por otro lado, la reafirmación de la vigencia fáctica de las normas, ratificando a los ciudadanos respetuosos del Derecho que merece la pena mantener una disposición a la cooperación, dada la seguridad de que los demás mantendrán el respeto a las normas (630).

Con ello, el Derecho penal sirve al fin de mantener vigente la confianza de *Ego* en el respeto de las normas por parte de *Alter*, fin que, a su vez, se desplegará en dos objetivos distintos. Como vimos, la protección de la seguridad en las expectativas normativas de conducta conlleva una finalidad deseable para el ciudadano, por cuanto le permite mantener el trato con sus bienes y desarrollar sus intereses de forma pacífica y segura, con la garantía de que el ámbito de su

(628) Así, por ejemplo, BAURMANN, GA 1994, pp. 378-379; KARGL, *Rechtsgüterschutz*, pp. 60 y ss.

(629) En similar sentido KINDHÄUSER, GA 1989, p. 505; el mismo, *Strafe, Strafrechtsgut*, p. 35. Similar, KUNZ, ZStW 98 (1986), pp. 832 ss.; BAURMANN, GA 1994, pp. 378. En este sentido, es correcta la afirmación de MIR PUIG, PG 3/21 de que «exigir que la prevención general *no sólo* se intente por el miedo a la pena, sino también por una razonable afirmación del Derecho en un Estado social y democrático de Derecho, supondrá tener que limitar la prevención general por una serie de principios que deben restringir el Derecho penal».

(630) Sobre algunas relaciones entre la concepción de Rawls y la prevención general positiva, puede verse WITTIG, ZStW 107 (1995), p. 270.

libertad no será invadida. Por ello, la protección de ese estado de seguridad cognitiva es un bien en sí mismo para el ciudadano, y un fin legítimo, por tanto, en un Derecho penal liberal. Pero, como hemos visto posteriormente, la protección de la vigencia fáctica de las normas, es decir, el ejercicio en la confianza de que los demás mantendrán una disposición cooperadora, se configura también como una razón para la acción del hombre cooperador, como una motivación para el respeto de las normas. Un ciudadano respetuoso del Derecho interesado en la maximización de su libertad no respetará las normas a cualquier precio, sino que sólo encontrará racional el mantenimiento de dicho respeto cuando gran parte de los demás intervinientes en la interacción social adoptan asimismo una actitud respetuosa del Derecho. En palabras de Kuhlen, «la disposición *general* al acatamiento de las normas está ya en peligro, cuando los individuos toman conciencia de que otros quebrantan las normas, obteniendo ventajas de ello» (631). Por ello, la protección por parte del Derecho de la confianza en el respeto a las normas, ratificando simbólicamente al que confía que puede seguir confiando en el respeto de las normas por parte de esos «otros» anónimos y generalizados, no sólo operará como un fin en sí mismo, sino asimismo como un *medio* para la motivación de conductas acordes a Derecho, es decir, como un medio dirigido a la reproducción de la estabilidad. Con ocasión de la exposición de la versión de la prevención general positiva dirigida a la protección de la vigencia de la norma emitimos algunas objeciones críticas que venían a afirmar que dicho fin, tal como era presentado por algunos de sus partidarios, aparecía como una teoría incompleta, puesto que el fin del aseguramiento de expectativas sólo podía realizarse si a su vez el Derecho perseguía un fin dirigido a la dirección de conductas. Ello era expresado con la siguiente tesis: *El Derecho sólo puede pretender garantizar a Ego que los demás respetarán la expectativa que la norma expresa si a su vez Ego es consciente de que esa norma ejerce cierta motivación sobre los demás dirigida a la evitación de conductas que vulnerarían esa expectativa*. Pues bien, con el bagaje de las consideraciones anteriores esa objeción podría relativizarse, afirmando que el fin de protección de la confianza de la norma es realizado a través de la motivación simbólica ejercida por la pena: por un lado, con su imposición, la pena ratifica la pretensión legítima de respeto de la norma; por otro, la pena, al confirmar simbólicamente a los respetuosos a

(631) KUHLEN, GA 1994, p. 365.

Derecho que pueden seguir confiando en que los demás mantendrán una disposición a la cooperación, ejercerá a su vez sobre aquéllos una motivación para el mantenimiento en el respeto a las normas, ya que la cooperación seguirá siendo la alternativa más racional para la maximización de su libertad.

(Tercer nivel de estabilidad)

Con esa labor del Derecho penal quedaría anulado el primer factor de inestabilidad, viniendo la confianza institucional a sustituir a la confianza interpersonal, ausente en las sociedades complejas. Pero ya sabemos que existe aún un segundo factor de inestabilidad: en toda organización basada en la cooperación es inevitable que surjan tendencias egoístas, tendentes a la maximización del interés personal a expensas de los intereses ajenos, puesto que a primera vista lo más racional será servirse de las ventajas de la cooperación, del respeto de las normas por parte de los demás, y actuar como un hombre económico, vulnerando las normas. Dichas tendencias egoístas amenazan con erosionar la base de confianza mutua lograda con el ejercicio de la confianza institucional llevado a cabo por el Derecho penal a través de mecanismos simbólicos de reproducción de estabilidad, ya que, *Ego*, consciente de que *Alter* quebrantará las normas, no encontrará en la cooperación un instrumento adecuado para maximizar sus intereses. En palabras de Dölling, «el ordenamiento jurídico no podrá contar con un respeto generalizado de las normas cuando tolera que los que quebrantan el Derecho alcancen mejores posiciones socio-económicas que los respetuosos del Derecho» (632). Por ello, en un tercer nivel de estabilidad, el Derecho penal debe estar capacitado para oponer medios tendentes a contrarrestar la potencialidad lesiva de la confianza que conlleva la racionalidad del hombre económico. Recuérdese que la crítica fundamental contra la teoría de la protección de la vigencia de la norma era la de su ausencia de efectividad para el propio fin que perseguía, por cuanto, al partir *exclusivamente* de la presunción de que los ciudadanos eran respetuosos del Derecho, no dirigía sus medios preventivos hacia los potenciales delincuentes, sino que su labor se desarrollaba únicamente a través de medios simbólicos tendentes a la demostración y confirmación simbólica de dicho estado previo de confianza. Expresado de otra forma, su fin iba dirigido únicamente a reafirmar y mantener ese status quo de estabilidad. Pero se ha expuesto ya

(632) DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 18.

que, dado su componente de racionalidad individual, la existencia de tendencias egoístas apenas puede ponerse en duda incluso en sociedades con un grado de cooperación relativamente estable. Por ello, el Derecho penal no puede sostener la persecución de sus fines únicamente con medios simbólicos, sino que condición para el mismo mantenimiento de la confianza en las expectativas normativas es el empleo de medios instrumentales dirigidos no sólo a *manifestar* la vigencia del acuerdo, sino a *imponer* coactivamente el acatamiento de conductas (633). Como el propio Luhmann afirma, «uno debe tener presente que con la confianza en los medios generalizados de comunicación (sc. en nuestro caso, en el Estado) como con la confianza en general, se requiere un mínimo de fundamento real. Los pilares de la confianza deben construirse en terreno sólido. En los casos que hemos discutido, los soportes de la confianza principalmente se encuentran... en la posibilidad de activar el medio de coerción que pertenece al Estado sobre la base de las reglas establecidas» (634). Ha de insistirse, entonces, en que la confianza en el Derecho por parte de los ciudadanos no puede estar basada sino en la *eficacia* del propio Derecho respecto de su poder de imponerse frente a quienes no han desarrollado voluntariamente una disposición a la cooperación. Reiterando la afirmación de von Gemmingen: «La vigencia social del Derecho se basa en una relación de intercambio entre *poder* y *confianza*» (635).

Ciertamente, la confirmación simbólica de la vigencia de la norma aporta un motivo para el respeto de las normas por parte de los ciudadanos cooperadores, pero el problema es que esa motivación no es una razón *suficiente* para el acatamiento de las normas. El ciudadano, poseedor tanto de la racionalidad del hombre cooperador como de la del hombre económico, aunque haya desarrollado una tendencia voluntaria a la cooperación, *conoce* el hecho de que lo más racional a corto plazo para maximizar sus intereses es la no cooperación, por lo que, si bien *prima facie* su actuación social no se dirigirá por esa racionalidad, albergará una *sospecha* razonable sobre la actividad no cooperadora por parte de terceras personas, sospecha que, si no es refutada, generalizará la desconfianza, con lo que el ciudadano ya no encontrará razonable la cooperación y optará por la racionalidad económica como pauta de su actividad social. Por ello, el Derecho ha de motivar a la no realización de conductas lesivas

(633) En este sentido, especialmente, BAURMANN, GA 1994, pp. 380-381.

(634) LUHMANN, *Confianza*, pp. 96-97.

(635) VON GEMMINGEN, *Die Rechtswidrigkeit*, p. 162 (cursiva añadida).

también al ciudadano no respetuoso del Derecho; de otra forma: el Derecho no puede concebir al ciudadano únicamente como potencial víctima o como respetuoso del Derecho, sino que, para fomentar el respeto al Derecho y, con ello, la confianza, ha de tratar al ciudadano también como potencial delincuente.

Como afirma Baurmann, «el incentivo de una estrategia no cooperativa depende decisivamente de cuán grande sea el *riesgo* vinculado con una estrategia tal»; y «el grado de ese riesgo depende de los controles sociales existentes en una sociedad, es decir, depende de los esfuerzos que se emprendan para prevenir las violaciones de normas» (636). A los ciudadanos no cooperadores, la confirmación simbólica de la pretensión de respeto de la norma en nada motivará hacia ese respeto, ya que, condición para ello es que previamente existiera esa disposición a la cooperación; y la confirmación de la vigencia fáctica de las normas no sólo no generará en él razones para el acatamiento, sino, por el contrario, le ofrecerá una razón para su quebrantamiento, puesto que le asegurará en la cooperación de los demás, requisito para que la vulneración de las normas suponga una satisfacción de sus intereses. Por ello, el Derecho penal debe establecer un mecanismo de disuasión preventivo dotado del grado de coactividad suficiente para generar en los ciudadanos no respetuosos de las normas la seguridad de que el quebrantamiento de las mismas supondrá un detrimento de sus intereses, de que los costes de la no cooperación serán, a corto plazo, superiores a los beneficios. Por ello, para los no cooperadores sólo un fin de intimidación directo estará en disposición de imponerles que la no cooperación no merece la pena. Así, dado que los cooperadores conocen el hecho de que existirán conductas no cooperadoras, encontrarán razonable acordar intersubjetivamente la instauración de una pena preventiva que sirviera a la protección efectiva de sus intereses frente a este tipo de conductas. En suma, el fin de protección de la vigencia de la norma sólo puede realizarse efectivamente si viene acompañado de un fin de intimidación, puesto que *Ego, que alberga una sospecha razonable sobre la posibilidad de acciones no cooperativas de Alter, sólo podrá confiar en que éste no quebrantará las normas si el Derecho penal posee un grado de coerción suficiente para que el propio Ego, consciente de la racionalidad de la no cooperación, encontrara irracional para sus intereses, dado el riesgo de sanción, la vulne-*

(636) BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 201.

ración de las normas. Así, el ciudadano que ha desarrollado una disposición a la cooperación no vería dirigida hacia él la amenaza de pena, por lo que ésta no ejercería sobre él una motivación *directa* –la cual vendría dada por el componente valorativo de la propia norma–, sino *indirecta*, en tanto en cuanto con su interposición podría confiar razonablemente en que los demás, los no cooperadores, encontrarán razones suficientes para el no quebrantamiento de las normas, lo que a su vez le ofrecerá a él razones para mantener dicha disposición cooperadora (637). La norma penal, acompañada de la amenaza de pena, operaría, entonces, de forma distinta según que el destinatario actúe como hombre cooperador o como hombre económico: en palabras de Habermas, «para quien actúa estratégicamente [nuestro hombre económico] esa norma se sitúa en el plano de los hechos sociales que restringen externamente el espacio de opciones del actor, para quien actúa comunicativamente [hombre cooperador] la norma jurídica se sitúa en el plano de las expectativas de comportamiento dotadas de carácter obligatorio, en relación con las cuales se presupone entre los miembros de la comunidad jurídica un acuerdo racionalmente motivado... Ahora bien, la validez jurídica de una norma –y en esto consiste su gracia– significa que vienen garantizadas *ambas cosas a la vez*: tanto la legalidad del comportamiento en el sentido de una observancia estadísticamente media de la norma, observancia que en caso necesario se consigue mediante sanciones, como también la legitimidad de la regla misma, que hace posible en todo momento una observancia de la norma por respeto a la ley» (638). En suma, el fin de intimidación quedaría, como por algún autor se ha postulado, como una «segunda línea de defensa» (639), como un fin subsidiario –y no obstante imprescindible– que, al ejercer una motivación directa en los potenciales delincuentes, eliminaría esa sospecha razonable y garantizaría en grado suficiente la seguridad de la vigencia de las normas en la mayoría de los ciudadanos, respetuosos del Derecho, lo que reproduciría, a su vez, la disposición generalizada a la cooperación. En este sentido, debe concluirse que,

(637) Una idea similar se encuentra, por ejemplo, en DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 15: «Por medio de la pena el Derecho expresa que está dispuesto y que tiene medios para imponerse. Esto podría mejorar las perspectivas de acatamiento de las normas, puesto que los destinatarios se someterán con más motivo a las normas cuando reconocen que el Legislador pretende seriamente el respeto a las normas y que fácticamente está también en disposición de imponerse frente al delincuente».

(638) HABERMAS, *Facticidad*, p. 93 (cursivas en el original).

(639) Así, ZIPF, Pallin-FS, p. 485, citando a Nowakowski.

contra lo afirmado por algún autor, *también* las normas que poseen una base legítima necesitan la amenaza como medio de motivación, tanto directa para potenciales delincuentes como, en consecuencia, indirecta para ciudadanos respetuosos de las normas, por lo que un Derecho penal legítimo no podrá prescindir del fin de intimidación.

e) *Los fines preventivos del Derecho penal: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de las normas*

La concepción del Derecho penal que hemos establecido hasta ahora se configura como un instrumento establecido por los individuos dirigido a la regulación y reproducción de estabilidad, a través del fortalecimiento de la confianza en el respeto generalizado de las normas. Así, por ejemplo, la razón de ser de la intimidación, uno de los fines de la pena que un Derecho penal democrático debe, secundariamente, perseguir, ha venido justificada no tanto en su faceta de prevención directa de conductas lesivas, sino sobre todo como un mecanismo fortalecedor de la confianza de los ciudadanos ya respetuosos del Derecho (640). En otras palabras, el mismo fin de intimidación se entendería como un medio dirigido al fin último de la «protección de la vigencia del ordenamiento jurídico». La cuestión que debemos plantearnos ahora es si esa ha de ser la misión de último orden a que haya de servir el Derecho penal, o si, por el contrario, habrá de encuadrarse, a su vez, dentro del fin clásico de «protección de bienes jurídicos».

El ejercicio en la vigencia del Derecho puede entenderse, estructuralmente, como un mecanismo «autorreferencial», mediante el cual el Derecho, por decirlo así, se afirma a sí mismo, restableciendo el estado de confianza existente antes de la realización de un delito. Pero ello, frente a algunas posiciones críticas, no debe entenderse como un ejercicio vacío, desprovisto de fines «externos» al Derecho mismo; por el contrario, ha de reiterarse que el mantenimiento de la seguridad de que en las relaciones sociales los ciudadanos no verán vulnerados sus intereses supone para los mismos un importante bien: la seguridad de las expectativas normativas justificadas se erige en condición relevante de la libertad individual, puesto que permite un desarrollo de sus intereses perso-

(640) Críticas a la exclusión en la prevención general positiva de la prevención de intimidación se encuentran también en SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, p. 96, si bien por otros motivos.

nales en condiciones de paz y tranquilidad. Por ello, como se afirmó, la protección de la vigencia del ordenamiento –entendido como conjunto de expectativas generalizadas de confianza– ha de ser un *fin* legítimamente perseguido por un Derecho penal liberal y democrático.

No obstante, ya fue expuesto que la protección de la seguridad cognitiva debía verse sostenida en la protección efectiva de la seguridad de esas condiciones materiales de libertad: la vida, la integridad física, la propiedad, etc.; es decir, lo que en Derecho penal viene a denominarse bienes jurídicos. Un Derecho penal liberal se fundamenta y legitima en torno a la protección y el respeto de los intereses del individuo. Ya hemos visto que, para un ciudadano racional interesado prioritariamente en su propia libertad, la cooperación, así como en general la estabilidad –entendida como el respeto generalizado de la normas–, eran, en última instancia, un instrumento adecuado para la maximización de su libertad. Y también la confianza, si bien condición de la misma, no es más que el medio en que poder desarrollarla, para lo cual son necesarios, en orden preferente a esa seguridad, los intereses esenciales que hacen posible la participación del individuo en sociedad. Por ello, considero que labor del mismo ha de ser no sólo la protección de esa seguridad cognitiva, sino antes, la protección del objeto de esas expectativas, que son los intereses esenciales del ciudadano: la vida, la integridad corporal, la propiedad, etc. Así, entiendo que el fin primordial que los ciudadanos racionalmente persiguen con el establecimiento de normas de conducta vinculantes es el de proteger las condiciones materiales de su libertad, por medio de la coerción de acciones tendentes a la lesión de esos intereses, y sólo secundariamente el de generar estados sociales de confianza. En suma, si, como vimos, el núcleo axiológico y valorativo del liberalismo político eran los intereses del individuo, un Derecho penal liberal deberá optar por el fin de protección material de dichos intereses, de los bienes jurídicos.

Indudablemente, entre el fin de aseguramiento de expectativas y el fin directivo de conductas existe, en principio, una relación de reciprocidad funcional, configurándose uno como medio para el otro, y viceversa: el ejercicio en la vigencia de la norma conlleva en sí una motivación para el respeto de las normas –al menos a los ciudadanos ya respetuosos del Derecho–; y a su vez, el ejercicio en el respeto de las normas –tanto a través de la expresión simbólica de la validez normativa de la norma como a través de la conminación por la amenaza de pena– conllevaría la consecución del fin de mantenimiento

de la confianza (641). Por ello, del propio fin de protección de la vigencia se derivaría el de la evitación de conductas lesivas. Pero debe tenerse en cuenta que, en rigor, el fin de protección de la vigencia de las normas sólo persigue el mantenimiento de una cierta expectativa social de confianza, de seguridad, en que las normas no serán lesionadas, lo que no tiene por qué implicar que esas normas no sean, de facto, lesionadas. Lo fundamental para mantener la vigencia de las normas no es, dicho en otros términos, que no se lesionen intereses ajenos, sino que los ciudadanos *crean* que no son lesionados. De ahí el riesgo de este cometido del Derecho penal de convertirse en tecnocrático, mediante una eventual estrategia de *desinformación* por parte de los poderes públicos, creando falsamente el espejismo de que rige en la sociedad una seguridad materialmente inexistente. Ello viene a relativizar en gran medida la reciprocidad funcional entre ambos fines: mientras la efectiva protección de bienes jurídicos llevará siempre a la protección de la vigencia de las normas, porque el fin es que éstas sean de facto respetadas, el cometido de la protección de la vigencia, si bien puede llevar a quienes ya parten de un respeto previo a mantenerse en el mismo, no implicará *per se* la efectiva protección de los bienes jurídicos, sino sólo la creencia en que ello se produce. Materialmente, entonces, la satisfacción de *ambos* cometidos sólo podrá realizarse cuando se erija en fin primordial el de protección de bienes jurídicos. Por ello, el orden de reciprocidad corre en una sola dirección: en un Estado democrático, en el cual la relación entre la sociedad y los poderes públicos debe ser consensual y transparente, y no basada en la creación estratégica de ficciones de seguridad, el fin de aseguramiento de expectativas sólo *debe* realizarse si el Derecho penal protege efectivamente los bienes jurídicos. Expresado gráficamente, y como tantas veces se ha reiterado: el Derecho penal sólo puede asegurar al ciudadano que sus bienes no serán atacados en la medida en que articule medios para proteger esos bienes. En este sentido, consi-

(641) Esta relación de reciprocidad aparece también en AMELUNG cuando pone en relación el modelo de protección del bien jurídico en el sentido welzeliano (protección por la norma de conducta) y el modelo de protección del «bien jurídico institucional» (protección por la sanción). Afirma, así, este autor (*Rechtsgüterschutz*, p. 203): «No se trataría únicamente de asegurar la vigencia de determinadas normas institucionales, en aras de proteger los bienes jurídicos en sentido welzeliano; sino que asimismo, y recíprocamente, la vigencia de esas normas y con ello la estabilidad de la institución dependería de que los bienes jurídicos en sentido welzeliano protegidos por esas normas no sufrieran daño por acciones antinormativas».

dero que la opción por un fin u otro como *telos* del Derecho penal ha de atender especialmente a criterios de legitimación valorativa, según los cuales, desde una concepción liberal, fin primordial habrá de ser la protección los intereses individuales inmediatos –seguridad material de bienes jurídicos–, y sólo complementariamente la protección de la seguridad cognitiva, que puede entenderse como un bien mediato para los ciudadanos.

En conclusión, el fin *preventivo* del Derecho penal –además del fin *garantístico* de protección del ciudadano frente a la violencia estatal– radica primordialmente en la protección de bienes jurídicos y sólo secundariamente en la protección de la vigencia de la norma; fines, como se ha expresado, íntimamente vinculados funcionalmente, si bien no completamente recíprocos. Así, el fin de aseguramiento de expectativas operaría como un fin en sí mismo, si bien de segundo orden, pero también como un medio –dado su fomento del respeto de las normas– para la consecución del fin prioritario de la protección de bienes jurídicos. Por lo demás, dado que la finalidad prioritaria es la evitación de acciones lesivas, ello implica que el peso teleológico vendrá dado por el primer momento *preventivo*, realizado a través de la norma de conducta, cuyo fin radica, por un lado, en la prevención de conductas lesivas para los intereses de los ciudadanos a través de la motivación basada en el reconocimiento de la validez valorativa de la misma, motivación que vendrá apoyada, además, en la conminación disuasoria producida por la amenaza de pena (642); y, por otro, y *como consecuencia de dicha motivación*, en el aseguramiento de la expectativa normativa. Por su parte, el momento represivo de la sanción impuesta tenderá al fin secundario –si bien imprescindible– de ratificar la pretensión de respeto de la norma, reafirmando simbólicamente la corrección normativa de la misma, y al fin de confirmar la seriedad de la amenaza; *sólo con los cuales podrá realizar el otro fin* que persigue, el de la confirmación de la vigencia de la norma.

(642) Siguiendo a HABERMAS, *Facticidad*, p. 89, quien destaca asimismo los factores de inestabilidad característicos de las sociedades actuales, podríamos decir que «el tipo de normas buscado [sc. que pudiera ser aceptado por todos los participantes] tendría, según esto, que causar en sus destinatarios una disponibilidad a la obediencia basada *simultáneamente* en la coerción fáctica y en la validez legítima» (cursiva en el original).

ABREVIATURAS BIBLIOGRÁFICAS:

ADPCP:	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.</i>
AFD:	<i>Anuario de Filosofía del Derecho.</i>
ARSP:	<i>Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie.</i>
AT:	Allgemeiner Teil (Parte General).
CPC:	<i>Cuadernos de política criminal.</i>
Doxa:	<i>Doxa. Revista de Filosofía.</i>
Dstr:	<i>Deutsches Strafrecht, Neue Folge.</i>
FS:	Festschrift
GA:	<i>Goldtdammer's Archiv für Strafrecht.</i>
GS:	<i>Der Gerichtssaal.</i>
JA:	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
JR:	<i>Juristische Rundschau.</i>
Jura:	<i>Juristische Ausbildung.</i>
JuS:	<i>Juristische Schulung.</i>
JZ:	<i>Juristenzeitung.</i>
KrimJ:	<i>Kriminologisches Journal.</i>
LK:	<i>Leipziger Kommentar.</i>
LL:	<i>La Ley.</i>
MDR:	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht.</i>
MschrKrim:	<i>Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform.</i>
NDP:	<i>Nueva Doctrina Penal.</i>
NJW:	<i>Neue juristische Wochenschrift.</i>
NStZ:	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht.</i>
PJ:	<i>Poder Judicial.</i>
RFDUC:	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.</i>
SK:	<i>Systematisches Kommentar zum Strafgesetzbuch.</i>
StGB:	<i>Strafgesetzbuch.</i>
ZRP:	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik.</i>
ZStW:	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.</i>

BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, H., «Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad», en Schönemann (Comp.), *El Sistema moderno del Derecho penal*, pp. 134 ss.
- ADAMS, M. / SHAVELL, S. *Zur Strafbarkeit der Versuchs*, GA 1990, pp. 337 ss.
- ALCÁCER GUIRAO, R., *Facticidad y normatividad en Derecho penal. Racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica*, NDP 1998, B, pp. 389 ss.
- AMELUNG, K., «Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit», en Jung/Müller-Dietz/Neumann, *Recht und Moral*, pp. 269 ss.
- *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972.
- ANDENAE, J., *Punishment and Deterrence*, 1974.

- ANTÓN ONECA, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, 1944.
- AXELROD, R., *La evolución de la cooperación*, 1996.
- BAIER, K., «El egoísmo», en Singer, *Compendio de ética*, pp. 281 ss.
- BARATTA, A., *Jenseits der Strafe - Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft*, Arthur Kaufmann-Festschrift zum 70 Geburtstag, 1993, pp. 393 ss.
- *Integración-prevención. Una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, CPC 1984, pp. 533 ss.
- BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (10.^a ed.), 1995.
- BAURMANN, M., *El mercado de la virtud*. 1998.
- *Der Markt der Tugend*, 1996.
- *Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention*, GA 1994, pp. 368 ss.
- «Strafe im Rechtsstaat», en Baurmann/Kliemt (editores), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, pp. 109 ss.
- «Schuldlose Dogmatik?», en Lüderssen/Sack, *Abweichendes Verhalten*, IV, pp. 196 ss.
- *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, 1981.
- BAURMANN, M./KLIEMT, H. (editores), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*. 1991.
- BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*. 1984.
- BERLIN, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*. 1996 (2.^a ed.).
- BETEGÓN, J., *La justificación del castigo*. 1992.
- BETEGÓN, J./DE PÁRAMO, J. R., *Derecho y moral. Ensayos analíticos*. 1990.
- BICKEL, C., *Ferdinand Tönnies*, en Pipers Handbuch der politischen Ideen. Band V. Fetscher/Münkler 1 (edit.), 1987, pp. 138 ss.
- BILBENY, NORBERT, *Política sin Estado*, 1998.
- BOBBIO, N., «Prólogo» a Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*.
- *Hegel und die Naturrechtslehre*, en *Materialien zur Hegels Rechtsphilosophie*, Band 2. Riedel, M. (edit.), pp. 81 ss.
- BOCK, M., *Prävention und Empirie-Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen*, JuS 1994, pp. 89 ss.
- *Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention*, ZStW 103 (1991), pp. 636 ss.
- BÖLLINGER, L., *Generalprävention als sozialisationsfaktor? Zur Kritik der Dogmatisierung sozialwissenschaftliche Begriffe*, KrimJ, 1, 1987, pp. 33 ss.
- BULLASCH, U., *Rechtsnorm und Rechtssystem in der Normentheorie Emile Durkheims*, 1987
- BURKHARDT, B., *Das Zweckmomento im Schuldbegriff*, GA 1976, pp. 321 ss.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal español. Parte General*. 1994, 4.^a ed. aumentada, corregida y puesta al día por Hormazábal Malarée, H.
- BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal*, I, 1997.
- CALLIES, *Strafzwecke und Strafrecht*, NJW 1989, pp. 1338 ss.

- CAMPS, V., *Introducción a Rawls, Sobre las libertades*, pp. 9 ss.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción*, (5.ª ed.), 1997
- *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito, 1*, (4.ª ed.), 1994.
- CORTINA, A., *Ética sin moral*. 1995 (3.ª ed.).
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General. Teoría del delito 1* (2.ª ed.), 1996.
- DAHM, G., *Gemeinschaft und Strafrecht*, 1938
- DAHM, G./SCHAFFSTEIN, F., *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933.
- DAHRENDORF, R., *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*. 1965.
- DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1972 (4.ª ed.).
- DÖLLING, D., *Generalprävention: Realität oder Illusion?*, ZStW 102 (1990), pp. 1 ss.
- DURKHEIM, *La división del trabajo social*, 1991.
- DWORKIN, G., El paternalismo, en Betegón/De Páramo, *Derecho y moral*, pp. 147 ss.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, 1997.
- ENGISCH, K., *Einführung in das juristische Denken*, 1983.
- FAUCONNET, P., Warum es die Institution «Verantwortlichkeit» gibt?, en Lüderssen/Sack, *Abweichendes Verhalten*, II, 1, pp. 293 ss.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, 1997.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 1995.
- FEUERBACH, J.A. *Lehrbuch des peinlichen Rechts* (14.ª ed.), 1847, anotado por Mittermaier, C. J. A.
- FLETCHER, G. P., *Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht*, ZStW 101 (1989), pp. 803 ss.
- FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, 1996.
- «Kommunitarismus und Liberalismus-Stationen eine Debatte», en Honeth (editor), *Kommunitarismus*, pp. 181 ss.
- FRANKENA, W. K., *Analytische Ethik. Eine Einführung*, 1994 (5.ª ed.).
- FREUND, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 1998.
- FRISCH, W., *An den Grenzen des Strafrechts*, Stree, W./Wessels, J.-Festschrift, 1993, pp. 69 ss.
- FROMMEL, M., *Umriss einer liberal-rechtsstaatlichen Normverdeutlichung durch Strafrecht*, Schüler-Springorum-Festschrift, 1993, pp. 257 ss.
- *Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel*, ADPCP 1989, pp. 621 ss.
- GACTO FERNÁNDEZ, E./ALEJANDRE GARCÍA, J.A./GARCÍA MARÍN, J. M., *Manual básico de Historia del Derecho*, 1997.
- GALLAS, W., *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, ZStW 67 (1955), pp. 1 ss.
- *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, Gleispach-Festschrift, 1936, pp. 50 ss.

- GARCÍA AMADO, J. A., *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*, AFD 1986, pp. 151 ss.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción*, 1995.
- GARZÓN VALDÉS, E., *Weitere Überlegungen zur Beziehung zwischen Recht und Moral*, en Krawietz-Festschrift, 1993, pp. 477 ss.
- «Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?», en Baurmann/Kliemt, *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, pp. 161 ss.
- GAUTHIER, D., *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*. 1998.
- GEMMINGEN, H. D. T., *Kriminalpolitischer Schulenstreit und Versuchsbesetzung*, ZStW 52 (1932), pp. 153 ss.
- GEPHART, W., *Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims*, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, 1990 (3.ª ed.).
- «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios*, pp. 140 ss.
- «El sistema de Derecho penal en la actualidad», en *Estudios*, pp. 162 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E./SCHÜNEMANN, B./WOLTER, J. (edit.) *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1994.
- GÜNTHER, K., «Möglichkeit einer diskursethischen Begründung des Strafrechts», en Jung/Müller-Dietz/Neumann, *Recht und Moral*, pp. 205 ss.
- GUTMANN, A., «Die kommunitaristischen Kritikern des Liberalismus», en Honeth (editor), *Kommunitarismus*, pp. 68 ss.
- GUTMANN, T., «Keepin 'em down on the farm after they've seen Paree»: *Aporien des Kommunitaristischen Rechtsbegriffs*, ARSP 1997, pp. 37 ss.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho, términos de teoría del discurso*, 1998.
- «Reconciliación mediante el uso público de la razón», en Habermas/Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, pp. 41 ss.
- «“Razonable” versus “verdadero” o la moral de las concepciones del mundo», en Habermas/Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, pp. 147 ss.
- HABERMAS/RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*. 1998.
- HAFFKE, B., *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, 1976
- HARDWIG, W., *Personales Unrecht und Schuld*, MschrKrim 1961, pp. 194 ss.
- *Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, ZStW 68 (1953), pp. 15 ss.
- HARE, R.M., «El prescriptivismo universal», en Singer, *Compendio de ética*, pp. 605 ss.
- HART, H. L. A., «Prolegomenon to the principles of punishment», en *Punishment and Responsibility*. 1968, pp. 1 ss.
- «Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral», en *Recht und Moral. Drei Aufsätze*. Compilación de artículos de Hart editada por N. Hoerster, 1971, pp. 87 ss.
- «The Enforcement of Morality», en *The morality of the criminal law, Two lectures*, 1964.
- *Law, Liberty and Morality*. 1963.

- HASSEMER, W., *Warum und zu welchem Ende strafen wir?*, ZRP 1997, pp. 316 ss.
- *El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal «eficaz»*, Estudios penales y criminológicos, 1991, pp. 181 ss.
- *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1990 (2.^a ed.).
- *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, NSTZ 1989, pp. 553 ss.
- «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en *Jenseits der Funktionalismus*, Arthur Kaufmann-Festschrift, 1989, pp. 85 ss.
- «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», en Mir Puig, S. (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, 1982, pp. 117 ss.
- *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1972.
- HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt, 1979.
- HASSEMER/MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, 1989.
- HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1998, Traducción y Prólogo de J. L. Verma.
- HERZOG, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, 1987.
- HINSCH, W., «Einleitung», en Rawls, *Die Idee des politischen Liberalismus*, pp. 9 ss.
- HIRSCH, H. J., *El principio de culpabilidad y su función en Derecho penal*, NDP, A, 1996, pp. 25 ss.
- HÖFFE, O., (editor), *Einführung in die utilitaristische Ethik*. 1975.
- HÖRNLE, T./V. HIRSCH, A., *Positive Generalprävention und Tadel*, GA 1995, pp. 261 ss.
- HOERSTER, N., *Problemas de ética normativa*, 1992.
- (editor), *Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie*. 1990.
- *Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral*, JZ 1989, pp. 10 ss.
- *Zur Begründung staatlichen Strafens*, Otta Weinberger-Festschrift. 1984, pp. 233 ss.
- *Rechtsethik ohne Metaphysik*, JZ 1982, pp. 265 ss.
- *Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens*, GA 1970, pp. 272 ss.
- HONETH, A., (editor), *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*. Frankfurt, 1993.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, 1991.
- HUMBOLDT, W., *Los límites de la acción del Estado*, 1988.
- JÄGER, H., «Psychologie des Strafrechts und der strafenden Gesellschaft», en Lüderssen/Sack, *Abweichendes Verhalten II*, pp. 107 ss.
- JAKOBS, G., *Sobre el fin de la pena*, PJ 1997, pp. 151 ss.
- *Estudios de Derecho penal*, 1997.
- «Culpabilidad y prevención», en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, pp. 73 ss.

- «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, pp. 293 ss.
- «El principio de culpabilidad», en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, pp. 365 ss.
- *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996.
- *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und Alteuropäischen Prinzipien*, ZStW 107 (1995), pp. 842 ss.
- *Die Strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992.
- Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre, 1991 (2.^a ed.).
- JELLINEK, G., *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1967 (Reed. del original de 1878).
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (4.^a ed.), 1993.
- JUNG, H./MÜLLER-DIETZ, H./NEUMANN, U. (edit.), *Recht und Moral. Versuch eine Standortbestimmung*. 1991.
- KARGL, W., «Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz», en *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, pp. 53 ss.
- KARSTEDT-HENKE, S., *Die Einschätzung der generalpräventiven Faktoren und ihrer Wirksamkeit durch die Bevölkerung-Ergebnisse einer empirischen Untersuchung*, KrimJ 1987, pp. 66 ss.
- KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes im Bindings Normentheorie*, 1954
- KAUFMANN, Arthur, *Über die gerechte Strafe*, Hilde Kaufmann-Festschrift, 1987, pp. 425 ss.
- KIM, Y. W., *Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips. Ein Versuch zur Rekonstruktion der jüngsten Diskussion zu «Schuld und Prävention»*, 1987.
- KINDHÄUSER, U., *Rechtstreue als Schuld-kategorie*, ZStW 107 (1995), pp. 701 ss.
- «Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz», en *Modernes Strafrecht und ultima ratio*, Prinzip Lüderssen/Nestler-tremer/Weigend (ed.), 1990.
- *Gefährdung als Straftat*, 1989.
- *Personalität, Schuld und Vergeltung*, GA 1989, pp. 493 ss.
- KÖHLER, M., *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, 1983
- KOHLER, J., *Studien aus dem Strafrecht*, 1890.
- KOLLER, P., *Theorien des Sozialkontrakts als Rechtfertigungsmodelle politischer Institutionen*, en O. Weinberger-Festschrift. 1984, pp. 241 ss.
- KÖSTLIN, R., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845.
- KUHNEN, L., «Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?», Wolter/Freund (edit.) *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess*, pp. 77 ss.
- *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, GA 1994, pp. 349 ss.
- KUNZ, K. L., *Prävention und gerechte Zurechnung*, ZStW 98 (1986), pp. 823 ss.
- LARMORE, C., «Politischer Liberalismus», en Honeth (editor), *Kommunitarismus*, pp. 131 ss.

- LAPORTA, F., *Entre el Derecho y la Moral*, 1993.
- LESCH, H. H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, ADPCP 1995, pp. 911 ss.
- *Zur Einführung in das Strafrecht. Über den Sinn und Zweck Staatlichen Strafens*, JA 1994, pp. 510 ss. y 590 ss.
- *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1991.
- LÓPEZ CALERA, N., «Funciones del Derecho», en Garzón Valdés/Laporta, *El Derecho y la justicia*, 1996, pp. 457 ss.
- LÜDERSSEN, K., *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und Alteuropäischen Prinzipien*, ZStW 107 (1995), pp. 877 ss.
- *Abschaffen des Strafens?*, 1995.
- «Strafrecht und “Dunkelziffer”», en Lüderssen/Sack, *Abweichendes Verhalten*, I, pp. 244 ss.
- «Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems», en Hassemer/Lüderssen/Naucke, *Hauptprobleme der Generalprävention*, pp. 54 ss.
- LÜDERSSEN/SACK, *Seminar: Abweichendes Verhalten*, I, 1982 (2.ª ed.), III-1, 1975, IV, 1980
- LUHMANN, N., *Confianza*, 1996.
- *Rechtssoziologie*, 1983 (2.ª ed.).
- «Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?», en *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1981, pp. 73 ss.
- *Soziale Systeme*, 1984.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Alcance y función del Derecho penal*, ADPCP 1989, pp. 3 ss.
- «Prevención general y psicoanálisis», en *Derecho penal y Ciencias Sociales*, Mir Puig, S. (ed.), 1982, pp. 141 ss.
- *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979.
- MACORMICK, N., «Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico», en Betegón/Páramo, *Derecho y moral*, pp. 9 ss.
- MACINTYRE, A., «Ist Patriotismus eine Tugend?», en Honeth (editor), *Kommunitarismus*, pp. 84 ss.
- MAIHOFFER, W., *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1, 1970, pp. 13 ss.
- «Hegels Prinzip des modernen Staates», en *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, tomo 2, Riedel, M. (Ed.), pp. 361 ss.
- MARXEN, K., *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975.
- MATA Y MARTÍN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, 1997.
- MAYER, H., *Der Verbrechensbegriff*, Deutsches Strafrecht, 1938, pp. 73 ss.
- *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936.
- MILL, J. S., *Sobre la libertad*, 1997.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 1996 (5.ª ed.).
- *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 1994.

- Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*, en Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 159 ss.
- «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», en Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 29 ss.
- «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», en Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 129 ss.
- «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal», en Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 151 ss.
- *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 1976.
- MITTERMAIER, C. J. A., *Der Versuch von Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstand des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mitteln, geprüft*, GS 11 (1859), pp. 403 ss.
- MORESO, J. J., *La teoría del derecho en Bentham*, 1992.
- MULHALL, S./SWIFT, A., *El individuo frente a la comunidad*, 1996.
- MÜLLER-DIETZ, H., *Integrationsprävention und Strafrecht*, Jescheck-Festschrift, 1985, pp. 813 ss.
- *Vom intellektuellen Verbrechensschaden*, GA 1983, pp. 481 ss.
- MÜLLER-TUCKFELD, J. C., *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1997.
- MÜSSIG, B. J. A., *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1993.
- NAGEL, T., «Conflicto moral y legitimidad política», en Betegón/de Páramo, *Derecho y moral*, pp. 87 ss.
- NEUMANN/SCHROTH, U., *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980.
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, 1991 (4.ª ed.).
- *Ética y derechos humanos*, 1989.
- *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980.
- NOZICK, R., *La naturaleza de la racionalidad*, 1995.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1981.
- OLDENQUIST, A., «Retributive justice and community», en *Limits of legal Regulation. Grenzen rechtliche Steuerung*, Voigt, R. (ed.), 1989, pp. 129 ss.
- OPP, K. D., «Einige Bedingungen für die Befolgung von Gesetzen», en Lüderssen/Sack, *Abweichendes Verhalten I*, pp. 214 ss.
- OTTO, H., *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, ZStW 87 (1975), pp. 539 ss.
- OTTO, H. J., *Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle*, 1982.
- PAPAGEORGIOU, K. A., *Schaden und Strafe*, 1994.
- PEÑARANDA RAMOS, E./SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J./CANCIO MELIÁ, M., «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, pp. 17 ss.

- PÉREZ MANZANO, M., «Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena», en Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 73 ss.
— *Culpabilidad y prevención*, 1990.
- POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en Derecho penal*, 1974.
- QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, M., *Curso de Derecho Penal. Parte General* (acorde con el nuevo Código Penal de 1995), 1996.
- RAWLS, J., «Réplica a Habermas», en Habermas/Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, pp. 75 ss.
— *Sobre las libertades*, 1996.
— *Teoría de la justicia*, 1995.
— «Gerechtigkeit als Fairness. Politisch und nicht metaphysisch», en Honeth, *Kommunitarismus*, pp. 36 ss.
— *Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978-1989*, Hinsch (editor), Frankfurt A. M., 1992.
— «Der Bereich des Politischen und der Gedanke eines übergreifenden Konsens», en Rawls, *Die Idee des politischen Liberalismus*, pp. 333 ss.
— «Der Vorrang des Rechten und die Ideen des Guten», en Rawls, *Die Idee des politischen Liberalismus*, pp. 364 ss.
— «La idea de un consenso por superposición», en Betegón/de Páramo, *Derecho y moral*, pp. 63 ss.
— «Zwei Regelbegriffe», en Höffe (editor), *Einführung in die utilitaristische Ethik*, pp. 96 ss.
- RIPPEL, P., «Emile Durkheim», en *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, 1987, pp. 126 ss.
- ROCHEL, G., *Introducción a la Sociología General*, 1987.
- ROXIN, C., «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en *Wiedergutmachung und Strafrecht*, Schöch, H. (ed.), 1987, pp. 37 ss.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 1994 (2.^a ed.).
— «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 1 ss.
- RUBIO CARRACEDO J., *Paradigmas de la política. Del Estado justo al Estado legítimo*, 1990
- RUDOLPHI, H. J., «Fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», en *El sistema moderno del Derecho penal. Aspectos fundamentales*, Schönemann (comp.), 1991, pp. 81 ss.
— *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, Honig-FS, pp. 151 ss.
- SABINE, G. H., *Historia de la Filosofía Política*, 1995.
- SALM, *Das versuchte Verbrechen*, 1957.
- SANDEL, M., «Die verfahrensrechtliche Republik und der ungebundene Selbst», en Honeth (comp.), *Kommunitarismus*, pp. 18 ss.
- SCHELSKY, H., *Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, pp. 37 ss.

- SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 1984. (2.^a ed.)
 — *Vom Sinn der Strafe*, 1971, (2.^a ed.)
- SCHÖCH, H., *Empirische Grundlagen der Generalprävention*, Jescheck-FS, 1985, pp. 1081 ss.
- SCHUMANN K., *Positive Generalprävention: Ergebnisse und Chancen eine Forschung*, 1989.
- SCHÜNEMANN, B., «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», en Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 89 ss.
- *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, GA 1995, pp. 201 ss.
- (compilador), *El Sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991
- «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en Schünemann, *El Sistema moderno de Derecho penal*, pp.31 ss.
- *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars* (2.^a parte), GA 1986, pp. 293 ss.
- SEELMANN, K., *Hegels Strafrechtstheorie in seinen «Grundlinien der Philosophie des Rechts»*, JuS 1979, pp. 687 ss.
- SEN, A., *Sobre ética y economía*, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (editor), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1997.
- «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 17 ss.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992.
- SINGER, P., (editor), *Compendio de ética*, 1995.
- SMART, J. J. C., «Extremer und eingeschränkter Utilitarismus», en Höffe, *Einführung in die utilitaristische Ethik*, pp. 121 ss.
- SOZIOLOGIE-LEXIKON, Reinhold, G. (edit.), 1991.
- STAATSLEXIKON-Görres Gesellschaft (edit.), 1986 (7.^a ed.).
- STRATENWERTH, G., *Zum Begriff des «Rechtsgutes»*, Lenckner-FS, 1998, pp. 377 ss.
- *El futuro del principio jurídico-penal de la culpabilidad*, 1980.
- STRENG, F., *Strafrechtliche Sanktionen- Grundlagen und Anwendung*, 1991.
- *Schuld, Vergeltung, Prävention*, ZStW 92 (1980), pp. 637 ss.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M., «La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva», Estudio preliminar a Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, pp. 21 ss.
- SUÁREZ VILLEGAS, J. C., *¿Hay obligación moral de obedecer al Derecho?*, 1996.
- TAYLOR, C., «El Atomismo», en Betegón/de Páramo, *Derecho y moral*, pp. 107 ss.
- «Aneinander vorbei: Die Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus», en Honeth (edit.), *Kommunitarismus*, pp. 103.
- TEN, C. L., «Crimen y castigo», en Singer, *Compendio de ética*, pp. 499 ss.

- THIEBAUT, C., *Vindicación del ciudadano. Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*, 1988
- *Los límites de la comunidad*, 1992.
- TORIO LÓPEZ, A., *El sustrato antropológico de las teorías penales*, RFDUC, monográfico 11, Estudios de Derecho penal en Homenaje a Jiménez de Asúa, 1986, pp. 667 ss.
- VALLESPÍN, F., *Historia de la teoría política (2)*, 1990.
- VANBERG, V., *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, Tübingen, 1982.
- VEHLING, K.H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991.
- VERMAL, J. L., «Prólogo» a Hegel, *Principios de la Filosofía del Derecho*.
- VOSS, M., *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, 1989
- WALZER, M., «Die kommunitaristische Kritik am Liberalismus», en Honeth (editor), *Kommunitarismus*, 1, pp. 157 ss.
- WEBER, M., *Soziologische Grundbegriffe*, 1984 (6.ª ed.)
- WELZEL, H., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975.
- «Das Gesinnungsmoment im Recht», en *Abhandlungen*.
- «Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes», en Welzel, *Abhandlungen*, pp. 224 ss.
- «Studien zum System des Strafrechts», en Welzel, *Abhandlungen*, pp. 121 ss.
- *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11.ª ed.).
- WILLIAMS, B., *Der Begriff der Moral. Eine Einführung in die Ethik*, 1994.
- WITTIG, P., *Die Aufrechterhaltung gesellschaftlicher Stabilität bei John Rawls. Zwischen Gerechtigkeit Sinn und Strafe*, ZStW 107 (1995), pp. 251 ss
- WOLF, J. C., *Verhütung oder Vergeltung? Einführung in ethische Straftheorien*, Munich, 1992.
- WOLFF, E. A., *Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität*, ZStW 97 (1985), pp. 786 ss.
- WÜRTEMBERGER T., *Rechtsfriede und Strafrecht*, K.Peters-Festschrift, 1974, pp. 209 ss.
- ZIESCHANG, *Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995*, ZStW 107, (1995), pp. 907 ss.
- ZIMMERLING, R., *La pregunta del Tonto y la respuesta de Gauthier*, Doxa 5 (1989), pp. 49 ss.
- ZIPF, H., *Die Integrationsprävention (positive Generalprävention)*, Pallin-Festschrift, pp. 479 ss.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho penal*, 1993.

