

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

Los fines del Derecho penal

Una aproximación desde la filosofía política

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Universidad Externado de Colombia

Rector

Fernando Hinestroza

Secretario General

Hernando Parra Nieto

COLECCIÓN DE ESTUDIOS N.º 30

ISBN 958-616-873-5

© RAFAEL ALCÁCER GUIRAO, 2004

© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2004

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá - Colombia. Fax 342 4948

[www.uexternado.edu.co]

Primera edición: julio de 2004

Ilustración de portada: *El tributo de la moneda*, por Masaccio, c. 1428,
Capilla Brancacci de la Iglesia de Santa María del Carmine (Florencia, Italia)

Composición, encuadernación e impresión: Departamento de Publicaciones,
Universidad Externado de Colombia, con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Serie orientada por

Eduardo Montealegre Lynett

Director del

*A Enrique Gimbernat,
mi maestro*

CONTENIDO

ABREVIATURAS	13
PRÓLOGO	15
CAPÍTULO PRIMERO	
DOS MODELOS DE DERECHO PENAL: PROTECCIÓN BIENES JURÍDICOS VS. PROTECCIÓN DE LA VIGENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	19
I. Modelos genéricos de protección y fines del Derecho penal	19
II. Fines del Derecho penal y fines de la pena	21
III. Función directiva de conductas vs. estabilización social	25
CAPÍTULO SEGUNDO	
LOS FINES DEL DERECHO PENAL	31
I. Las teorías de la prevención general	31
A. Introducción	31
B. Criterios de legitimación	33
1. <i>Legitimación instrumental</i>	34
2. <i>Legitimación valorativa</i>	48
C. Las teorías de la prevención general positiva	52
1. <i>La misión ético-social</i>	52
2. <i>El fin de integración social</i>	53
3. <i>La protección de la vigencia de la norma</i>	86
D. La prevención general negativa	135
II. Bases de una teoría liberal del Derecho penal	152
A. Liberalismo vs. comunitarismo	152
1. <i>Introducción</i>	152
2. <i>Liberalismo político frente a comunitarismo</i>	154
a. La concepción liberal. Autonomía privada y autonomía pública. El contrato social	154

- b. El concepto de persona 167
- c. Sociedad y Estado. El problema de la estabilidad 184
- B. Los fines del Derecho penal 195
 - desde el liberalismo político
 - 1. *Presupuestos de un Derecho penal liberal.* 195
 - Consideraciones críticas sobre las teorías de la prevención general*
 - 2. *Prevención y garantías. Soluciones de síntesis, soluciones de conflicto y el doble fin del Derecho penal*
 - 3. *Los fines del Derecho penal. Toma de postura*
 - a. Fundamentación de las normas penales
 - b. El concepto de persona como destinatario de las normas 249
 - c. Razones para el respeto de las normas y el problema de la estabilidad 261
 - d. El fin del Derecho penal como protección de la vigencia de las normas 269
 - e. Los fines preventivos del Derecho penal: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de las normas 281

BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Doxa	Doxa. Revista de Filosofía
Dstr	Deutsches Strafrecht, Neue Folge
FS	Festschrift
GA	Goldtdammer's Archiv für Strafrecht
GS	Gedächtnis-Schrift
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KrimJ	Kriminologisches Journal
LK	Leipziger Kommentar
LL	La Ley
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MschKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NDP	Nueva Doctrina Penal
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NSZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
PJ	Poder Judicial
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
SK	Systematisches Kommentar zum Strafgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

PRÓLOGO

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 en determinados postulados filosóficos-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 consistente 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 reconducir 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 arrojar 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*.

Constituye una gran satisfacción para quien esto escribe poder presentar esta obra ante el lector colombiano, entrando así a participar en el foro de discusión de uno de los países de habla

hispana en los que mayor desarrollo ha alcanzado la ciencia del Derecho penal. Desde la distancia, la impresión que surge, y que creo correcta, es que ese desarrollo ha sido en gran medida impulsado por la Universidad Externado de Colombia, cuya editorial viene realizando una formidable labor de difusión de las obras de los más destacados representantes de la dogmática jurídico-penal, y cuyas famosas Jornadas Internacionales de Derecho Penal, que alcanzan ya la vigesimoquinta edición, son ejemplo a imitar en lo que de acicate tienen de esa discusión. Por ello, es además un gran honor para mí que el presente trabajo pase a formar parte de su catálogo de publicaciones. En este sentido, debo agradecer en primer lugar a MANUEL CANCIO que me haya propuesto y empujado a publicar en tan prestigiosa editorial, y, en segundo lugar, a EDUARDO MONTEALEGRE, por la entusiasta recepción de dicha posibilidad.

Madrid, 4 de julio de 2003

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 la 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 obstante, 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 explícita todavía cómo ha de ser llevado a cabo dicho fin de protección, cuáles son los efectos concretos que se predicán 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 mode-

lo 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 la 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 social¹. En consecuencia, la legitimación misma del Derecho penal se hará depender, en gran medida, de la legitimación de la institución social de la sanción penal².

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.

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 Strafers”, de HOEKSTER (comp.). *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.

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 penal³, abandonando completamente el de la protección de bienes jurídicos. 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 WELZEL⁴ 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 HASSEMER⁵, 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 (JESCHECK⁶) 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 equivalente con los fines del Derecho penal, antes que con (o junto a) los fines de la pena⁷.

³ JAKOBS, por ejemplo. Cfr. JAKOBS. AT 1/1 y 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".

⁴ StR, p. 3.

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

⁶ JESCHECK. *PG*, pp. 6 y 7.

⁷ Además de la ya citada postura de JAKOBS, puede citarse al propio HASSEMER, *Generalprävention*, p. 40; id. *Einführung*, pp. 295 y 296 (como mantenimiento de la vigencia de

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 a 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 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 y SCHROTH: "La teoría de la prevención general positiva tiende cuando menos a localizar el

la norma); id. *Fines de la pena*, pp. 133 y 134 (en su función de integración); NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, p. 34; SCHÖCH. *Jescheck-FS*, pp. 1083 y 1084; CALLIES, en NJW 1989, p. 1339; HÖRNLE y VON HIRSCH, en GA 1995, p. 261.

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 ha 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 conciben este fin de la pena precisamente como un más efectivo mecanismo para la consecución del fin de protección de bienes jurídicos. Más en

⁸ NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, p. 34.

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 delincuentes 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?

III. FUNCIÓN DIRECTIVA DE CONDUCTAS VS. 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 delincuentes* 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

⁹ En este sentido se orienta la concepción de SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, pp. 179 y ss., y pássim. También, por ejemplo, BAURMANN. *Straße im Rechtsstaat*, pp. 111 y ss.; HASSEMER y MUNOZ CONDE, *Introducción*, p. 136. Cfr. *infra*, capítulo segundo, II, B, 2.

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

no es la disuasión coactiva: negativa, sino que el mensaje que emite la pena tiene, como ya mencioné, carácter "positivo": mantieneniento 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 delin-

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. Cfr. 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'".

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 Y 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; PENARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ Y CANCIO MELIA, *Consideraciones*, pp. 20 y ss.

cuentes. Ello –a lo que volveré y matizaré después– se manifiesta además en la vinculación existente entre las teorías de la prevención general positiva y la retribución¹²: así, mientras que la prevención general negativa está orientada exclusivamente al futuro: evitación

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 original). En este sentido, ya JELLINEK, *Die sozialrechtliche 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 DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 269; KAUFMANN, en *H. Kaufmann-FS*, p. 429: "Antiguamente se lo llamaba sencillamente retribución y necesidad de retribución. Hoy se habla de estabilización y necesidad de 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; K. A. PAPAGEORGIOU, *Schaden und Strafe*, pp. 32 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 227; MÜLLER Y TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 29: "El fin de la pena aparentemente carente de fines es el restablecimiento de la autoridad del Derecho a costa del delincuente 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, en *zstf* 92, 1980, p. 649; id. *Strafrechtliche Sanktionen*, pp. 8 y ss.; ACHENBACH, *Imputation individual*, p. 140. Por lo demás, tanto WELZEL, *StR*, pp. 238 y ss., como H. MAYER, *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, en *JA* 1994, p. 598) o "retribución simbólica" (KINDHAUSER, *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, en *zstf* 92, 1980, pp. 640 y 641; SEELMANN, en *JuS*, 1979, pp. 687 y 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 y 209; más extensamente, BETECON, *La justificación del castigo*, pp. 37 y ss.

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 instrumental¹³.

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,

¹³ En este sentido, entre otros, 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 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,

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 manera¹⁵, 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, vendrá a comportar 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

en GA 1983, pp. 481 y ss.; MÜLLER y TUCKFELD. *Integrationsprävention*, pp. 23 y ss. En relación a la teoría de la prevención general positiva, JAKOBS. *El principio de culpabilidad*, p. 385; PENARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y 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".

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

A. 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 unitaria¹, 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, plantearemos 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 de la expectativa normativa*. Clasificación que, lejos de pretender ser innovadora, es la generalmente estable-

¹ Ello es puesto de manifiesto, por ejemplo, por FEJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal*, p. 74; PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. *Consideraciones*, pp. 22 y 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, en GA 1994, p. 370, destaca la ausencia de claridad existente en la delimitación entre las diferentes versiones de la prevención general positiva.

¹⁶ Algunas de esas consecuencias han sido destacadas y analizadas por PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. *Consideraciones*, pássim.

cida por la doctrina². 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 hecho³, 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 remiscencia material e identidad estructural respecto de los fines ineludibles dentro de la prevención general positiva.

Por último, es preciso 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

² 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; id. 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.

³ Cfr., en este sentido, entre otros, JAKOBS. AT, 1/41 y ss.; PAPAGEORGIOU. *Schaden und Strafe*, pp. 32 y ss.; LESCH, en JA 1994, p. 593; SCHÜNEMANN. *Sobre la crítica*, p. 95.

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, 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”⁴. 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”⁵.

B. 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. Puesto 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

⁴ MIR PUIG. *Función de la pena*, p. 29.

⁵ MÜLLER-DIETZ, en 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 pássim; FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal*, p. 28: “La concepción del Estado condiciona el papel del Derecho penal”.

mayor detenimiento que la relativa a la legitimación valorativa, sobre la cual se presentarán únicamente sus directrices teóricas.

1. 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 individuo⁶. Ello de manera patente en la aplicación 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"⁷, sin cuya inter-

⁶ Sobre el concepto de pena cfr. especialmente WOLF: *Verhütung oder Vergeltung?*, pp. 17 y ss.; BETECÓN: *La justificación del castigo*, pp. 141 y ss. También, concibiéndola como en el texto, HART: *Prolegomenon*, p. 4; HOEFTER, en GA 1970, p. 272; GIMBERNAT ORDEIG: *¿Tiene un futuro...?*, p. 149; DE TOLEDO: *Sobre el concepto*, p. 191: "Todo mal que se impone por la autoridad judicial como sanción por un hecho" (citando a CASABO). 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 definirla 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.

⁷ 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.

mediación 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 utilitaristas⁸, 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 generalizada⁹), 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 resultados¹⁰. 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 concreto¹¹, conlleva una serie de irrelevantes 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 opciones¹². En

⁸ Ello es unánimemente aceptado en la actualidad. Cfr., por ejemplo, RAWLS: *Zwei Regelbegriffe*, p. 97; HART: *Prolegomenon*, pp. 4 y ss.; NINO: *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 428 y ss.; FLETCHER, en ZSTW 101, 1989, p. 809; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, p. 183; MIR PUIG: PG 4/44: "El principio de necesidad conduce, pues, a una exigencia de utilidad"; SCHÜNEMANN: *Sobre la crítica*, p. 94.

⁹ Cfr., por todos, NINO: *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 391 y ss. y 394; PÉRR. *El consecuencialismo*, pp. 323 y ss.

¹⁰ Sobre el utilitarismo como una teoría consecuencialista, como una "ética del resultado", cfr. NINO: *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 391 y 392; PÉRR. *El consecuencialismo*, p. 323; WILLIAMS: *Begriff der Moral*, pp. 91 y ss.

¹¹ 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".

¹² 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

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*¹³, principio heredero del pensamiento ilustrado¹⁴. Estos presupuestos nos llevan al primer criterio de legitimación de la pena y los fines a ella atribuidos: el de la *legitimidad 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

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, cfr., por todos, BETEGÓN. *La justificación del castigo*, pp. 115 y ss.

¹³ 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 pássim: “Derecho penal mínimo”. También se acogen a dicha tendencia ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos*, p. 91 (“mínima intervención, máximas garantías”) o QUINTERO, MORALES Y PRATS. *DP*, p. 90. Cfr. además RAWLS. *Teoría de la justicia*, p. 276.

¹⁴ Cfr. ya BECCARIA. *De los delitos y las penas*, pp. 47 y 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”.

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 legitimidad¹⁵. 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 fin¹⁶.

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 manifestamente— 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.

¹⁵ Cfr., por ejemplo, HASSEMER. *Theorie*, pp. 117 y 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”; MUK PUG, en PG 4/44: La exigencia de utilidad “plantea por de pronto la cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos”.

¹⁶ Como con carácter general afirma BAURMANN, en 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.

Dicha ineffectividad 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 rara vez se produce en la práctica¹⁷. 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 social¹⁸. En suma, "la creencia de que la norma penal actúa de manera directa sobre el destinatario es falsa"¹⁹. 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 representaba²⁰. 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

¹⁷ Sobre ello y las consideraciones inmediatamente posteriores, cfr. HASSEMER. *Einführung*, pp. 287 y 288.

¹⁸ Similares disquisiciones son las que llevan a SCHMIDHAUSER, *Form und Gehalt der Strafgesetze*, pássim, 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, en *JZ* 1989, pp. 10 y ss.

¹⁹ HASSEMER. *Einführung*, p. 288. Cfr. también PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 229, con ulteriores referencias.

²⁰ HAFKE. *Tiefenpsychologie*, p. 81; LÜDERSSEN. *Die generalpräventive Funktion*, p. 70; HASSEMER. *Einführung*, p. 289; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 229.

actuar, con que no será descubierto²¹. 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 norma²². 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 arraigadas²³. En esta dirección, y desde la prevención general positiva, se afirma que el Derecho penal no opera, en el plano 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 mismas²⁴.

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,

²¹ LÜDERSSEN. *Die generalpräventive Funktion*, p. 70; HASSEMER. *Einführung*, p. 289; GARCÍA-PABLOS. *Introducción*, p. 84, nota 171, quien habla de un "síndrome optimista".

²² PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 229, con ulteriores referencias.

²³ Así, además de los autores citados en la nota anterior, STRENG, en *zstw* 92, 1980, p. 669; NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, p. 36; LOOS, en *zrp* 1993, p. 53.

²⁴ Entre otros, STRENG, en *zstw* 92, 1980, pp. 668 y ss. y pássim.

no se pone en duda el hecho de que la intimidación no sea eficaz en todos los casos, de que existan determinados tipos de delinquentes 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 rendir²⁵. 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 delinquentes 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 aceptables²⁶. 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 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,

²⁵ Así, HOERSTER. GA 1970, pp. 273 y 274; SCHMIDHÄUSER. *Vom Sinn der Strafe*, pp. 56 y ss.; HAFKE. *Tiefenpsychologie*, p. 80; VANBERG. *Verbrechen*, pp. 25 y 26.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 217.

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 penal²⁷, 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”²⁸; 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: 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 penal²⁹. 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

²⁷ SCHMIDHÄUSER. *Vom Sinn der Strafe*, p. 58.

²⁸ Así, SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 217; VANBERG. *Verbrechen*, p. 27.

²⁹ SCHMIDHÄUSER. *Vom Sinn der Strafe*, p. 58; HAFKE. *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 cometéndose, 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.

general negativa. Sin duda, existen otros sistemas de control social que inciden 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 intimidatorios de los mecanismos preventivos ejercidos por otras instancias normativas³⁰. 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 pena³¹.

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 socialización³². Así, la función ético-social o la “fuerza configuradora de

³⁰ Así, SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 218.

³¹ Así, entre otros, SCHMIDHAUSER. *Vom Sinn der Strafe*, p. 58; HOERSTER, en 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, en *zstw* 102, 1990, p. 8; Voss, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 135; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, pp. 220 y ss.; KUHLEN, en GA 1994, p. 364; SCHÜNEMANN. *Sobre la crítica*, pp. 96 y ss.

³² En este sentido, afirma STRONG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 22, que el hecho constatado de que el motivo esencial de acatamiento de la norma sea la vinculación moral no demuestra

costumbres” que se atribuye al Derecho penal no ha sido nunca probada empíricamente con carácter general³³. 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, sobreestimarse³⁴. 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, la influencia de la psicología profunda en el Derecho penal ha permitido establecer un soporte fáctico para sostener dicha concepción. Pero, ¿hasta qué 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 sexuales³⁵. En suma, el

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. ³³ Cfr. *Op. Einige Bedingungen*, p. 237; SCHUMANN. *Positive Generalprävention*, p. 51; STRONG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24.

³⁴ SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 51.

³⁵ NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, p. 93; LUZÓN PEÑA. *Prevención general*, p. 151; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 43; cfr. asimismo SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 96, respecto a la supuesta contrastación empírica de algunas ciencias sociales, citando a JACER (nota 263) en relación al psicoanálisis.

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"³⁶. 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 manifiesta³⁷.

Las dudas suscitadas respecto a la capacidad empírica de la psicología profunda en el ámbito macrosocial de los efectos de la pena vienen 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

³⁶ STRENG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24.

³⁷ No obstante, SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, pp. 300 y 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 medio de otras vías de mayor calado colectivo como políticas sociales, publicidad institucional o por la actividad de organizaciones no gubernamentales, por ejemplo.

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 de ser disfuncional a largo plazo³⁸, 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 pena³⁹, y se desvincula, al menos en algunas versiones de la preven-

³⁸ Así, entre otros, Voss. *Symbolische Gesetzgebung*, p. 134.

³⁹ 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 y ss.

ción general positiva, de la protección de la vigencia a largo plazo de las normas⁴⁰. 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 pena⁴¹. 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 pena⁴². Por otro, se afirma que la distinción entre la prevención general negativa y la prevención de intimidación es realizable en un plano analítico, pero que en

⁴⁰ Ello parece claro en posiciones como las de STRENG, en *zstf* 92, 1980, pp. 668 y ss. o ACHENBACH. *Imputación individual*, pp. 140 y 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 y 113.

⁴¹ Afirman ese desconocimiento y la dificultad inherente a la comprobación empírica de los efectos de la pena, MAHOFER. *Funktion des Rechts*, pp. 28 y 29; ANDENAES. *Punishment*, p. 147; HASSEMER. *Einführung*, p. 299; MAIWALD, en *GA* 1983, pp. 69 y 72; MÜLLER-DIETZ, en *Jescheck-FS*, p. 820; SCHÖCH, en *Jescheck-FS*, p. 1083; KARSTEDT-HENKE, en *Kriml*, 1987, p. 75; ZIPF, en *Pallin-FS*, p. 484; SCHUMANN. *Generalprävention*, pp. 51 y 52; Voss. *Symbolische Gesetzgebung*, p. 134; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 253; DÖLLING, en *zstf* 102, 1990, p. 19; BOCK, en *zstf* 103, 1991, p. 656; STRENG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24; HÖRNLE y VON HIRSCH, en *GA* 1995, p. 262; ACHENBACH. *Imputación individual*, p. 142.

⁴² Por ejemplo, DÖLLING, en *zstf* 102, 1990, pp. 7 y 13; BOCK, en *zstf* 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. Cfr. también MÜLLER-TUCKFIELD. *Integrationsprävention*, p. 118, aportando una amplia panorámica expositiva y crítica a los estudios empíricos alemanes, concretamente los estudios de la Universidad de Bremen (SCHUMANN et ál.) y los de la Universidad de Göttingen (DÖLLING, SCHÖCH, etc.).

la práctica son apenas diferenciables, ya que ambas suelen producirse conjuntamente⁴³; 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 análisis empírico⁴⁴, hasta el punto de llegarse a afirmar la imposibilidad, no sólo en la actualidad sino con carácter absoluto, de cualquier verificación empírica⁴⁵. Junto a ello suele ponerse de manifiesto la tendencia a una sobreestimación por parte de la doctrina jurídico-penal de los conocimientos empíricos, afirmando-se una mayor efectividad empírica de las respectivas teorías que la constatada científicamente, y se advierte en contra de dicha sobreestimación de datos empíricos⁴⁶.

En realidad, lo único que se sabe, y ello como mera hipótesis deductiva, 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 individuos⁴⁷; 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

⁴³ PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 230; DÖLLING, en *zstf* 102, 1990, p. 17; STRENG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 23; MÜLLER-TUCKFIELD. *Integrationsprävention*, pp. 111 y ss.

⁴⁴ SCHÖCH, en *Jescheck-FS*, p. 1083; ZIPF, en *Pallin-FS*, pp. 484 y 485; DÖLLING, en *zstf* 102, 1990, pp. 3 y 18.

⁴⁵ BOCK, en *zstf* 103, 1991, p. 656; STRENG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24.

⁴⁶ SCHUMANN. *Generalprävention*, pp. 51 y 52; STRENG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 23.

⁴⁷ En este sentido SCHMIDHAUSER. *Sinn der Strafe*, pp. 55 y 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, HAFRKE. *Tiefenpsychologie*, p. 80; VANBERG. *Verbrechen*, p. 26; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 217.

lengua alemana suele denominarse *Alltagstheorien*, y que puede entenderse como "criterios de sentido común"⁴⁸.

En resumen, el criterio de la legitimación instrumental no puede servir para excluir a priori ninguna de las opciones que se presentan 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 girar en torno al otro criterio de legitimación, que a continuación se plantea.

2. 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-política⁴⁹; exigencias que parten de principios y garantías

⁴⁸ 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"; MAHOFER. *Funktion des Rechts*, p. 28: "especulaciones"; MÜLLER-DIETZ, en *Isescheck-FS*, p. 820: "especulaciones"; BOCK, en *zslw* 103, 1991, p. 655: "Plausibilitätsbewägungen"; KUHLEN, en *GA* 1994, pp. 365 y 366: "Alltagstheorien" y "common sense-Erklärung"; BOCK, en *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"; HORNLE y VON HIRSCH, en *GA* 1995, p. 262: para la prevención general positiva la relación con la legitimación empírica se basa en una "plausibilidad obtenida por intuición".

⁴⁹ Así, entre otros muchos, HAFKE. *Tiefenpsychologie*, p. 69; NAUCKE. *Generalprävention*, pp. 23 ss. y pássim; KUNZ, en *zslw* 98, 1986, p. 828; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 221; K. A. PAPAGEORGIOU. *Schaden und Strafe*, pp. 15 y ss.; HORNLE y VON HIRSCH, en *GA* 1995, p. 265.

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 criterios 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 aquél⁵⁰ –desde el cual, en realidad, poco podría decirse sobre el complejo de fines que haya de cumplir el Derecho penal–, si bien

⁵⁰ Esas tres formas posibles de análisis son planteadas por MUK PUNG. *Función fundamentadora y función limitadora*, p. 129. Sobre ello abunda SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, pp. 194 y ss. Cfr. también FERRAJOLI. *Derecho y razón*, pp. 213 y ss., donde distingue entre "justificación externa" y "justificación interna" al Derecho positivo.

dichas premisas no podrán ser incompatibles con los valores esenciales plasmados en el texto constitucional, ni las consecuencias sistémicas 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 WEBER⁵¹ 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*)⁵², 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 resultados⁵³. 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"⁵⁴. Este es el caso de

51 Cfr. WEBER. *Soziologische Grundbegriffe*, pp. 44 y ss.

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

53 WEBER. *Soziologische Grundbegriffe*, pp. 44 y 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 MAIHOFER. *Funktion des Rechts*, p. 27; MACCORMICK. *Los límites de la racionalidad*, pp. 10 y ss.; 19 y ss. en relación a su aplicación al razonamiento jurídico.

54 MACCORMICK. *Los límites de la racionalidad*, p. 11.

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 corrector⁵⁵, sólo dentro de cuyos márgenes podrá hacerse efectiva la satisfacción de fines.

55 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.

C. Las teorías de la prevención general positiva

1. 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"⁵⁶. Sin abandonar del todo la protección de bienes jurídicos, 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 un 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"⁵⁷, 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"⁵⁸. 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

⁵⁶ WELZEL. *Strafrecht*, p. 1. Le sigue CEREZO MIR. PG 1, 1997, p. 15.

⁵⁷ WELZEL. *StR*, p. 4.

⁵⁸ H. MAYER. *StR*, p. 26.

los casos no se tome seriamente en consideración la posibilidad de realizar" una acción delictiva⁵⁹.

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"⁶⁰, concluyendo que, "en suma, la prevención general es, en primer término, función pedagógica, reafirmación de la moral colectiva"⁶¹.

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 jurídicos⁶². 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 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"⁶³.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 34.

⁶⁰ ANTÓN ONECA. *La prevención general*, p. 93.

⁶¹ *Ibid.*, p. 97.

⁶² Entre otros, también SCHÜNEMANN, en 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.

⁶³ H. MAYER. *StR*, p. 4.

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 20 y 30 en Alemania, hasta su perversión y degeneración totalitaria por la ideología nazi⁶⁴. 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 insoluble unidad existente entre la identidad moral del Estado y la de los individuos⁶⁵. 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 anuar 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 determinada⁶⁶. Y, frente al contrato social kantiano,

⁶⁴ Sobre la relación entre el pensamiento de HEGEL y la ideología nazi, cfr., brevemente, MARXEN. *Der Kampf*, pp. 239 y ss.

⁶⁵ Así, por ejemplo, RUBIO CARRACEDO. *Paradigmus de la política*, p. 41.

⁶⁶ 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*, p. 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

expresión de dicha razón universal, el Estado en HEGEL se conforma a partir de la concreta e histórica *Sittlichkeit*, la cual supone, como decimos, la pretensión de superación del particularismo individual en la unidad de un *ethos* sustancial, en el que voluntad

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 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 y 131; también FORST. *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 324 y ss. y pássim, 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, GACCTO, ALEJANDRE Y GARCÍA MARÍN. *Historia del Derecho*, pp. 332 y 333.

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 depravado lo real y haber volatilizado lo racional en un conceptualismo irreal (pp. 86 y 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 un abstracto generalizado 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.

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)⁶⁷. 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, política⁶⁸. 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 volun-

[...] 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 de 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-TUCKFIELD, *Integrationsprävention*, p. 34.

⁶⁷ Principios de la filosofía del Derecho. Los números entre paréntesis en el texto corresponden a los párrafos de esta obra. Sobre esa totalidad ética, puede verse VERNAL, "Comentario introductorio" a HEGEL, *Principios*, p. 24. Cfr. la influencia de dicha concepción hegeliana en MAYER, *StR*, p. 3.

⁶⁸ Como afirma E. DIAZ, *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.).

tad del Espíritu objetivo y la atribución de valor de la misma en función de su aportación para con el todo estatal⁶⁹. En cualquier caso, en las referencias políticas de su pensamiento cabe detectar, como se ha hecho por buen número de autores, cierta potencialidad reaccionaria y antiliberal, en materia de relaciones Estado-individuo⁷⁰. Como ha afirmado SABINE, en 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 (*Volkgeist*), 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"⁷¹. 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"⁷². "Obviamente, pues, el Estado

⁶⁹ Cfr., por ejemplo, SABINE, *Historia de la teoría política*, p. 496.

⁷⁰ 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; cfr. 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. (pp. 82 y 85, identificando la concepción del *Volkgeist* de HEGEL con la del romanticismo irracionalista germano; pp. 86 y 90 respecto del holismo y organicismo hegeliano). También THIEBAUT, *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, 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, BLUBENY, *Política sin Estado*, pp. 81 y 82. Una lectura más progresista de la filosofía política de HEGEL hace, en cambio, MAHOFFER, *Hegels Prinzip des modernen Staates*, pp. 361 y ss.

⁷¹ SABINE, *Historia de la teoría política*, p. 473.

⁷² *Ibid.*, 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

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”⁷³.

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. El mismo es, por el contrario, lo más elevado, que reivindica para sí aquella vida y propiedad y exige su sacrificio” (100)⁷⁴.

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

individuos, si bien representan la altura moral de la primera, son para ella únicamente un medio para llevar a cabo tal misión.

⁷³ SABINE. *Historia de la teoría política*, p. 496.

⁷⁴ Cfr. BILBENY. *Política sin Estado*, pp. 81 y 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 *última ratio* de la política ya no resulta por lo menos incongruente concluir [...] que el fin justifica los medios”.

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 trascendente⁷⁵. “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)⁷⁶. 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 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

⁷⁵ Cfr. sobre esto, BOBBIO. *Hegel und die Naturrechtslehre*, p. 88; Forst. *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 163.

⁷⁶ Cfr. 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*”. Cfr. también, Forst. *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 163; y SCHLESKY. *Systemfunktionaler*, p. 40, quien resalta la comprensión totalizadora y colectivista de lo social implícita en el *Esíritu objetivo* hegeliano.

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 respecto de las necesidades de perpetuación de la comunidad ética; por otro, una notable confusión entre Derecho y moral⁷⁷, 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 mo-

⁷⁷ Cfr., por ejemplo, H. MAYER, *StR*, pp. 60 y ss. Crítico con la concepción hegeliana en este sentido, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 230.

delos ideales opuestos de sociedad, que responden a dos formas de racionalidad distinta. La "*comunidad*" se origina a partir de una "voluntad orgánica" (*Wesenville*)⁷⁸ 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 misma⁷⁹. La "*sociedad*", en cambio, surge a partir de lo que TÖNNIES denomina la "voluntad reflexiva" (*Kiirville*). 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, externo⁸⁰. HARDWIG,

⁷⁸ La traducción proviene de la obra de ROCHER, *Introducción a la sociología general*, p. 220.

⁷⁹ 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".

⁸⁰ 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*

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 daño⁸¹. 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 comunidad⁸². 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 valorativo de que la vida sin una comunidad no es tan valiosa—o no lo es en absoluto—como la vida en comunidad"⁸³. 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 perdería. Y el tercero y último es la fidelidad a la comunidad, asimismo requisito imprescindible para la supervivencia de la misma⁸⁴.

Ideen, pp. 138 y ss.; s. v. "Gemeinschaft", en *Soziologie-Lexikon*, p. 184; s. v. "Gemeinschaft", en *Staats-Lexikon*, Görres Gesellschaft, pp. 849 y ss. También HARDWIG, en *zstf* 68, 1956, pp. 17 y ss.; *ib.* *MSchrKrim* 1961, pp. 194 y ss.

⁸¹ *Ibid.*, p. 195.

⁸² HARDWIG, en *zstf* 68, 1956, pp. 18 y 19.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*, 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: en *MSchrKrim* 1961, pp. 195 y ss.), dentro de la idea de la comunidad, una comunidad autoritaria, en la 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.

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 grupal⁸⁵. 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"⁸⁶. Antiliberal en tanto en cuanto la concepción cuasi-metafísica de la comunidad —tan cercana a la de

⁸⁵ Esto es especialmente destacado por DAHRENDORF. *Gesellschaft*, p. 153. Cfr. asimismo, ROCHER. *Introducción a la sociología general*, p. 224.

⁸⁶ DAHRENDORF. *Gesellschaft*, p. 154.; ROCHER. *Introducción a la sociología general*, p. 229: "Ha podido afirmarse que su obra contribuyó a la proliferación de los movimientos románticos y nacionalistas alemanes, incluido el nazismo". Dicho carácter antiliberal es también destacado por GÜTMANN, en *ARSF* 1997, pp. 53 y 54, relacionándolo con los actuales defensores del comunitarismo.

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 esencia⁸⁷. 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 estatismo ético, se dará con especial énfasis en las décadas de los años 20 y 30 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 DÍAZ⁸⁸ 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”.

⁸⁷ Cfr. las referencias literales de TÖNNIES en DAHRENDORF. *Gesellschaft*, p. 154.

⁸⁸ E. DÍAZ. *Estado de Derecho*, p. 63.

El hegeliano LARENZ, a quien puede considerarse un destacado teórico de dicha concepción del Estado⁸⁹, plantea con especial nitidez la diferencia entre la concepción liberal y la comunitarista, por lo 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”⁹⁰. En este modelo político, “la libertad del individuo razonable (*vernünftig*)”⁹¹ es [...] el valor moral y social supremo”⁹². 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 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”⁹³. La

⁸⁹ Y a quien no puede dudarse en calificarle como un pensador del nacionalsocialismo. Como destaca MARXEN. *Der Kampf*, p. 239. LARENZ era comúnmente considerado como el filósofo del Derecho de la escuela de Kiel.

⁹⁰ LARENZ. *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 95.

⁹¹ 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 *Vernünftigen*) jugará posteriormente un papel importante en la fundamentación del Derecho penal que aquí se propondrá.

⁹² LARENZ. *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 96, citando a KEISEN.

⁹³ *Ibid.*, 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 y 89. Sobre las

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 autoconoce 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"⁹⁴.

Esta hegeliana "metafísica del Estado" (LARENZ) fue trasladada al Derecho penal de manera directa por los penalistas más claramente afines a la ideología nacionalsocialista —SCHAFSTEIN, DAHM⁹⁵—, 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 GALLAS⁹⁶,

críticas nacionalsocialistas a la ideología liberal, cfr. MARXEN. *Der Kampf*, pp. 21 y ss. Cfr. también la crítica al liberalismo de WELZEL. *Naturalismus*, p. 49.

⁹⁴ 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. Cfr. MARXEN. *Der Kampf*, p. 62, sobre la vinculación entre el pensamiento de la comunidad sustancial y la concepción del Estado en la ideología nacionalsocialista. En el mismo sentido, entre otros, HASSEMER. *Theorie*, p. 51.

⁹⁵ Cfr. la obra programática de ambos autores, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, pp. 8 y ss. y pássim; 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 (*Volksgeossen*), como miembro de una comunidad concreta". "Toda comunidad se basa en la fidelidad y en la disposición de sus miembros".

⁹⁶ Cfr. GALLAS, en *Gleispach-FS*, p. 53: la elección entre la comprensión del delito como

H. MAYER⁹⁷ o WELZEL⁹⁸. En todos ellos, en suma, se concibe el Estado como una realidad óntica —no sólo como un deber ser, sino, incluso previamente, como un ser— conformada a partir de la esencia moral que conforma e integra la comunidad y que, por ello, prevalece sobre 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"⁹⁹. Ya vimos que MAYER otorgaba a la prevención general un fundamento moral, basado en "su determinación de presentar la realidad moral del pueblo"¹⁰⁰. Y es desde dicha moral de la comunidad, institucionalizada en el

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 y 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.

⁹⁷ Léase la introducción al *Das Strafrecht des Deutschen Volkes* de H. MAYER; id. "Der Verbrechensbegriff", en *Deutsches Strafrecht*, 1938, pp. 73 y ss.: "El delito es la acción que entra en insuperable contradicción con el orden ético del pueblo [...] el cual es atacado en su poder psicológico y vigencia ideal" (p. 78).

⁹⁸ Cfr. WELZEL. *Über den substantiellen Begriff*, pp. 228 y 233 y 234. Cfr., asimismo, *Naturalismus*, pp. 49, 65, 105 y ss. o 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, en *ADPCF* 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 estatista. 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.

⁹⁹ Cfr. WELZEL. *Über den substantiellen Begriff*, p. 228; H. MAYER. *StR*, p. 9.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 4.

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"¹⁰¹.

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 actitud¹⁰²; 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 parecería 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"¹⁰³. 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 de la comuni-

¹⁰¹ GALLAS, en *Gleispach-FS*, pp. 62 y 63.

¹⁰² Cfr., en este sentido, AMELUNG. *Rechtsgüterschutz*, p. 218, respecto del pensamiento nacionalsocialista de la comunidad y la fidelidad a la misma.

¹⁰³ H. MAYER. *StR*, p. 9. Sobre las bases de la "etización" del Derecho penal en la ideología de los años 30, cfr., entre otros, AMELUNG. *Rechtsgüterschutz*, p. 218; MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, pp. 365 y ss.

dad, 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 *fidelidad* 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 debe 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"¹⁰⁴, sino que su función será la de "conformar y fortalecer el orden moral del pueblo"¹⁰⁵. 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

¹⁰⁴ H. MAYER. *StR*, p. 9.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 4.

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. 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”¹⁰⁶. 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 colectiva¹⁰⁷. Por ello, acciones que manifestasen una desviación de los valores socialmente compartidos

106 Cfr. HART. *The enforcement of morality*, pp. 31 y ss.; id. *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 y 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.

107 Cfr. HART. *The enforcement of morality*, p. 37; LAPORTA. *Entre el Derecho y la moral*, p. 49.

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 misma¹⁰⁸.

Como destaca WOLF, las consideraciones de DEVLIN vienen amparadas en “los ideales comunitaristas”¹⁰⁹, 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 derivadas 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”¹¹⁰. Por ello afirmábamos que dicha

108 HART. *The enforcement of morality*, p. 38; VOSS. *Symbolische Gesetzgebung*, p. 107.

109 WOLF. *Verhütung*, p. 35.

110 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, cfr. MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, p. 34, quien sostiene que la vinculación directa del Derecho con un orden de valores previamente dado, propia de los años 30 y de la concepción de WELZEL, remite a una visión sustancialista del Estado y la sociedad. Cfr. también la crítica a WELZEL.

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"¹¹¹, manifestación del Espíritu objetivo, las normas jurídicas adquirirán, por el mero hecho de ser la emanación de la eticidad, una justificación *a priori*¹¹². 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"¹¹³. Y por ello, y por el hecho de que la comunidad 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

de AMELUNG. *Rechtsgüterschutz*, p. 225, resaltando la contradicción existente entre la afirmación de WIELZEL 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 y 151.

¹¹¹ 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 y 133, quien afirma que característico de la eticidad hegeliana es la legitimación *a posteriori* de lo dado.

¹¹² Sobre ello, cfr. brevemente AMELUNG. *Rechtsgüterschutz*, pp. 224 y 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.

¹¹³ FERRAJOLI. *Derecho y razón*, p. 230.

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.

2. *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 manifiesten¹¹⁴. Ello genera, motivado por el sentimiento de culpabilidad producido por la pulsión violenta del inconsciente, una tendencia al autocastigo¹¹⁵, 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 super-yo formado por la in-

¹¹⁴ STRENG, en *zstf* 92, 1980, pp. 642 y 643; sobre ello también HAFKE. *Tiefenpsychologie*, pp. 87 y ss.

¹¹⁵ STRENG, en *zstf* 92, 1980, pp. 643 y 644.

ternalización de los valores inscritos en las mismas¹¹⁶. El castigo sobre el delincuente conlleva, además, un fundamental mecanismo de integración: 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' "¹¹⁷.

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 ende, a similares conclusiones¹¹⁸. 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 "¹¹⁹; 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 "¹²⁰.

Desde esta perspectiva -especialmente la basada en principios de psicología profunda-, se afirma, en forma similar a las tesis de

¹¹⁶ STRENG, en *zsfw* 92, 1980, pp. 643 a 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.

¹¹⁷ STRENG, en *zsfw* 92, 1980, p. 646.

¹¹⁸ En este sentido, LUZON PEÑA, *Prevención general*, p. 152, en relación a la tesis de ROXIN.

¹¹⁹ MÜLLER-DIETZ, *Integrationprävention*, pp. 817, 818 y 819.

¹²⁰ ROXIN, *Wiedergutmachung*, p. 48.

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 "¹²¹. 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 "¹²². Retribución es, así, traducido 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 "¹²³. En palabras de ACHENBACH: "únicamente la pena que se sienta justa podrá ser admitida por los miembros de la comunidad como reacción adecuada "¹²⁴. 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 "¹²⁵. Por ello, afirma STRENG, "la culpabilidad del

¹²¹ ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140; en el mismo sentido, STRENG, en *zsfw* 92, 1980, p. 650.

¹²² *Ibid.*, p. 649.

¹²³ En este sentido, críticamente (si bien el entrecomillado del texto no responde a una cita literal), SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 235 y 236.

¹²⁴ ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140.

¹²⁵ MÜLLER-DIETZ, *Integrationprävention*, p. 819; cursivas añadidas.

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 juez¹²⁶. 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"¹²⁷.

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"¹²⁸. 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 del social que parece subyacer a las teorías de integración remite, al menos tendencialmente, a similares presupuestos socio-políticos 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

¹²⁶ STRENG, en *zstw* 92, 1980, pp. 656 y 657.

¹²⁷ ROXIN, *Wiedergutmachung*, p. 48.

¹²⁸ Ídem.

rastrear 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, orientada 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 social¹²⁹. Clara muestra

¹²⁹ En general sobre las críticas vertidas contra el funcionalismo, cfr. H.-J. OTTO, *Generalprävention*, pp. 30 y ss.; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 50 y ss. Cfr., además, SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, pp. 54 y 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 y 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"; LÜBBESEN, en *zstw* 107, 1995, pp. 883 y 884. Respecto al funcionalismo de DURKHEIM, cfr. 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, C, 4); hasta el punto que su metodología positivista prescinde de toda referencia de legitimación ético-normativa externa al Derecho

de esa concepción de lo social y del Derecho es la posición de DURKHEIM, en el modelo de lo social donde opera el Derecho penal¹³⁰.

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 conforman¹³¹. Con la imposición de la pena, comprendida como "reacción pasional"¹³², 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 delito¹³³. Al igual que los autores

positivo (cfr. críticamente HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 110 y ss., 114 y 115; GARCÍA AMADO, en *APD* 1986, pp. 174 y ss.).

¹³⁰ DURKHEIM, en su obra *La división del trabajo social*, pássim, 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" (cfr. 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 TONNIES 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 TONNIES 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 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.

¹³¹ DURKHEIM, *La división del trabajo social*, p. 94; FAUCONNET, *Verantwoordelijkheid*, pp. 293 y ss.; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 157 y ss.

¹³² DURKHEIM, *La división del trabajo social*, pp. 106 y 113; en el mismo sentido, el discípulo de éste, FAUCONNET, *Verantwoordelijkheid*, p. 294.

¹³³ Sobre todo ello, cfr. los estudios sobre la pena y el Derecho en DURKHEIM realizados por GEHART, *Strafe und Verbrechen*, pp. 109 y ss.; BULLASCH, *Rechtsnorm*, pp. 67 y ss. y pássim; y MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 145 y ss.

acabados de exponer, para DURKHEIM la noción de venganza ocupa un lugar fundamental en su comprensión del fenómeno punitivo¹³⁴. 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 a actos desviados de sus representaciones comunes, reacción pasional que revierte en la cohesión afectiva de la comunidad"¹³⁵.

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 relajamiento 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"¹³⁶.

Tras contemplar la postura de DURKHEIM, puede afirmarse que el fin esencial que persigue la pena en la concepción de la prevención

¹³⁴ Cfr. especialmente MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 164 y ss.

¹³⁵ Cfr. sobre ello BULLASCH, *Rechtsnorm*, p. 72.

¹³⁶ 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 y SCHROTH, *Neuere Theorien*, pp. 99 y ss.; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 164.

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"¹³⁷. 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"¹³⁸ a través de la estigmatización del delincuente, sobre quien se vuelcan los instintos agresivos de venganza, satisfechos mediante la imposición del castigo¹³⁹. En cualquier caso, también en DURKHEIM —al igual que 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

¹³⁷ FAUCONNET. *Verantwortlichkeit*, pp. 294 y 298.

¹³⁸ GEPHART. *Strafe und Verbrechen*, p. 125; BULLASCH. *Rechtsnorm*, p. 71.

¹³⁹ La acentuación en DURKHEIM de los afectos y emociones irracionales es destacada por GEPHART. *Strafe und Verbrechen*, pp. 39 y 40, 115 y 122; BULLASCH. *Rechtsnorm*, p. 71; MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, pp. 145 y ss., 162 y ss.

modo de una policía moral, a la estabilización del consolidado sistema social"¹⁴⁰. 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"¹⁴¹. 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"¹⁴².

Dentro de las tendencias sociológico-políticas¹⁴³ que comparten dicha comprensión de la sociedad no puede dejar de citarse, antes

¹⁴⁰ WÖSSNER. *Mensch und Gesellschaft*, p. 252.

¹⁴¹ GEPHART. *Strafe und Verbrechen*, p. 123.

¹⁴² *Ibid.*, p. 127; en el mismo sentido, FAUCONNET. *Verantwortlichkeit*, p. 299.

¹⁴³ 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 TONNIES 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 Derecho penal es un tema demasiado complejo para poder ser abarcado aquí. Sobre algunos aspectos de esa cuestión, remito a ALCÁCER GUIRAO, en *NDP* 1998, B, pp. 389 y ss. En cualquier caso, en relación a este aspecto metodológico respecto a DURKHEIM, no le falta razón a MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, p. 146, cuando

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 éste¹⁴⁴. Para el sociólogo norteamericano —cuya posición es, al igual que la de DURKHEIM, incluida por HART en la “tesis de la desintegración” con que define la de DEVLIN¹⁴⁵—, la esencia de la integración social yace en la identificación interna en torno a valores morales¹⁴⁶. 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 sociedad¹⁴⁷. 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 valores¹⁴⁸—, sino el fortalecimiento de los lazos que aúnan la identidad de la comunidad.

afirma que “DURKHEIM no es un sociólogo del Derecho, sino un teórico moral y, en cierto sentido, también un moralista”.

144 Así, H.-J. OTTO, *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”.

145 HART, *Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral*, pp. 91 y 94.

146 Como afirma HORMAZABAL, *Bien jurídico*, pp. 98 y 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”.

147 Cfr., sobre la posición de T. PARSONS, H.-J. OTTO, *Generalprävention*, pp. 17 y ss., 170 y ss.; SCHLESKY, *Systemfunktionaler*, pp. 52 y ss.

148 Así, GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, p. 129, en relación a DURKHEIM.

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 concepciones “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 MILL¹⁴⁹. 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 causaran daño a otros individuos, con el fin de servir de instrumento social dirigido a proteger la libertad de los ciudadanos¹⁵⁰, es duramente criticada por STEPHEN¹⁵¹. Para el juez inglés el sentido del Derecho penal no puede encontrarse en la protección de libertad individual, sino, de forma similar a 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 el 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

149 Referencias a esta discusión en NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, p. 423; o en BETEGÓN, *La justificación del castigo*, pp. 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.

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

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

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'¹⁵².

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 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 aquéllos¹⁵³. "Una comunidad ética es una intrincada red de expectativas y deberes sentidos"¹⁵⁴. 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"¹⁵⁵, lesión

152 BETEGÓN. *La justificación del castigo*, pp. 302 y 303.

153 OLDENQUIST. *Retributive Justice and Community*, pp. 132 y 133.

154 *Ibid.*, p. 143.

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"¹⁵⁶. 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"¹⁵⁷. 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"¹⁵⁸. 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 cual lo individual adquiere su sentido de identidad y del cual es dependiente"¹⁵⁹. "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 OLDENQUIST¹⁶⁰.

155 *Ibid.*, pp. 132 y 133.

156 *Ibid.*, p. 134.

157 *Ibid.*, pp. 134 y 135.

158 *Ibid.*, p. 147.

159 *Ibid.*, p. 135.

160 *Ibid.*

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 DURKHEIM¹⁶¹, 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"¹⁶². También en él la subjetividad de los individuos vendrá determinada por la del todo social¹⁶³. Y también en él, en palabras de WÖSSNER, "la moral y la sociedad se identifican mutuamente"¹⁶⁴, por lo que fin del Estado, como vehículo y expresión de las convicciones colectivas, será "la inducción de la moral comunitaria en el individuo"¹⁶⁵.

3. 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 cohesiona al grupo social, a la comunidad, la cual corre el riesgo de quebrarse si los valores comunitarios

161 En este sentido, WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, p. 251.

162 *Ibid.*, pp. 250 y 251.

163 BULLASCH, *Rechtsnorm*, p. 41.

164 WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, p. 242.

165 *Ibid.*, p. 247.

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 simbólica 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 resaltado¹⁶⁶. Asimismo, la exclusión del individuo del sistema social y su situación como

166 Entre otros, SCHLESKY, *Systemfunktionaler*, pp. 39 y ss.; NEUMANN y SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 111; LÜDERSSEN, en *zstw* 107, 1995, pp. 883 y 884; LÓPEZ CALERA, *Funciones del Derecho*, p. 426.

sistema psicofísico autónomo, en el entorno de aquél¹⁶⁷, es objeto de una encendida polémica acerca del abandono de los intereses del sujeto en aras de las necesidades funcionales del sistema social¹⁶⁸. 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 propio mantenimiento y pervivencia¹⁶⁹, 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 cambio¹⁷⁰. 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 jurídi-

¹⁶⁷ Así, en la teoría de sistemas de LUHMANN. Cfr. LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 346 y ss.; id. *Rechtssozilogie*, p. 134: “hombre y sociedad son para cada cual entorno”. Cfr. Sobre ello, además, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 353 y ss., 388 y ss.; VEHLENG, *Die Abgrenzung*, p. 93, nota 18.

¹⁶⁸ Cfr., entre otros, SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, p. 43; BARATTA, en *CFC* 1984, p. 550; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 51.

¹⁶⁹ Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 353 y ss.; BOCK, en *zstw* 103, 1991, p. 648; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 50; LÓPEZ CALERA, *Funciones del Derecho*, p. 462.

¹⁷⁰ Cfr., entre otros, NEUMANN y SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 123: la potencialidad crítica de las teorías funcionales es sorprendentemente ínfima; DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 345; BARATTA, en *CFC* 1984, p. 550; KM. *Zur Fragwürdigkeit*, p. 27; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 50.

cas, y no los bienes jurídicos. Consecuentemente, la pena no sirve al fin de prevención de lesiones a bienes jurídicos, sino que su misión radica, atendiéndose 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, 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 autor¹⁷¹. Desde esta premisa, puede ciertamente establecerse una

¹⁷¹ Cfr. LUHMANN, *Rechtssozilogie*, pp. 223 y 224. Sobre la diferenciación entre sociedades arcaicas y complejas, en lo tocante a las relaciones moral y Derecho, cfr., en la misma obra, p. 91.

diferenciación respecto de las anteriores teorías y, por ello, de la comprensión del Derecho en el funcionalismo de DURKHEIM y de TALCOTT PARSONS¹⁷²; 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"¹⁷³. 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*"¹⁷⁴. Esto es lo que le lleva a rechazar toda función educativa, socializadora o moralizante como función del Derecho¹⁷⁵.

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 *Verhaltenssteuerung* 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 normas¹⁷⁶. En otras palabras, para LUHMANN la norma de conducta carece de una función desti-

172 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 SCHIELSKY, *Systemfunktionaler*, p. 43; también por LUDERSEN, en *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.

173 LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 224.

174 *Ibid.*, p. 223; cursivas añadidas.

175 *Ibid.*, pp. 224 y 225.

176 Cfr. *id.* *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?*, pp. 73 y ss. (89). Sobre la compatibilidad de ambas, cfr. p. 74.

nada 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)¹⁷⁷.

Dada la complejidad de la conformación de la realidad, la multiplicitad 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 social¹⁷⁸. 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 permanente¹⁷⁹. El orden social se basa, entonces, en un complejo entramado de expectativas y de expectativas de expectativas: todos debemos

177 Además de la obra citada en la nota anterior, cfr. *id.* *Rechtssoziologie*, pp. 43 y ss.

178 *Ibid.*, pp. 31 y ss.; *id.* *Confianza*, pp. 5 y ss., 39 y ss.

179 LESCH, *Das Problem*, p. 242.

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 actuación¹⁸⁰. 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 la consecución de sus fines¹⁸¹. 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)¹⁸². 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 contrafacticamente garantizadas"¹⁸³. 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 norma¹⁸⁴; es la sanción la que

180 LUHMANN. *Rechtssoziologie*, p. 33.

181 *Id.* *Confianza*, p. 40; VEHLING. *Die Abgrenzung*, pp. 92 y 93. Cfr. también MAIHOFER. *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, p. 28.

182 LUHMANN. *Rechtssoziologie*, p. 42; JAKOBS. *AT* 1/4 a 6; MUSSIG. *Rechtsgüterschutz*, pp. 91 y ss.

183 LUHMANN. *Rechtssoziologie*, p. 43.

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"¹⁸⁵. 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"¹⁸⁶.

Frente al fin de protección de los bienes jurídicos, la pena y, en general, el Derecho penal¹⁸⁷ 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 esenciales garantizar al individuo un margen de *seguridad cognitiva*¹⁸⁸ frente a la posibilidad de ataques a sus intereses por parte de otros individuos¹⁸⁹. 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"¹⁹⁰. Y ello,

184 En este o similar sentido, RUDOLPH. *El fin del Derecho penal*, p. 83; LESCH, en *JA* 1994, p. 598. Sobre el delito como conflicto público, cfr. JAKOBS. *AT* 1/8.

185 *Ibid.*, 1/9.

186 *Ibid.*, 1/11. Cfr. también LUHMANN. *Rechtssoziologie*, p. 33; LESCH, en *JA* 1994, p. 598.

187 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"; FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal*, p. 60.

188 En el sentido de ser un efecto psicológico-social susceptible de percepción sensorial.

Nada tiene que ver, por tanto, con la noción luhmanniana de la "expectativa cognitiva".

189 Cfr. 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, cfr. MUSSIG. *Rechtsgüterschutz*, pp. 202 y 203.

190 VEHLING. *Die Abgrenzung*, p. 92.

principio que distingue también esta teoría de las comunitaristas, con el único fin de servir a los intereses de los individuos¹⁹¹. "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 JAKOBS¹⁹². 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 seguridad¹⁹³.

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 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

191 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 OTTO, en *zstw* 87, 1975, p. 554, quien desde una perspectiva comunitarista critica que Luhmann centre la idea de confianza únicamente en el autointerés de seguridad individual. Frente a críticas menos encaminadas, SCHÖNEMANN, en *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.

192 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.

193 VON HUMBOLDT. *Los límites*, pp. 50 y 51.

fortalecida por la pena"¹⁹⁴. 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-penales¹⁹⁵. 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 establecer 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 valorativa¹⁹⁶. Ya vimos la

194 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; MÜSSG. *Rechtsgiterschutz*, p. 142. Asimismo, LUHMANN. *Die Funktion des Rechts*, p. 84. Otra opinión, si bien basada quizá en diferencias sólo terminológicas, en LESCH, en *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.

195 Como, por ejemplo, afirma LÜBESSEN, en *zstw* 107, 1995, p. 883, el fin de garantizar las expectativas va indudablemente dirigido, independientemente de su abstracta formulación, a personas concretas.

196 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 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

estricta separación entre el Derecho y la 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 moralizantes¹⁹⁷. 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”¹⁹⁸. 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”¹⁹⁹.

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

(JAKOBS), según el cual la pena se limita a manifestar que la norma continúa siendo un criterio válido de orientación para la acción.

¹⁹⁷ Cfr. JAKOBS. AT 1/15, nota 16 (cfr. infra en el texto sobre la noción de JAKOBS del “ejercicio en la fidelidad al Derecho”); LESCH, en JA 1994, 518; FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal*, pp. 73 y ss.

¹⁹⁸ JAKOBS. *Criminalización*, p. 322.

¹⁹⁹ SCHUMANN. *Postine 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.

jurídica, la confianza en el poder protector del ordenamiento jurídico”²⁰⁰. Pero el fin de mantener la confianza en un estado de seguridad puede rastrearse aun en las primeras definiciones del fin del Estado. Ya en HOBBS 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 cumplimiento de sus acuerdos”²⁰¹. 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”²⁰². 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”²⁰³. 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 común²⁰⁴. No obstante, debe resaltarse que caben matices importantes en relación a lo se conciba como “seguridad”. Así, mientras que en BENTHAM la seguridad va

²⁰⁰ Citado por WÜRTENBERGER, en *Peters-FS*, p. 215.

²⁰¹ Así, TAYLOR. *Posibility of cooperation* (1987), citado por ZIMMERLING, en *Doxa* 6 (1989), p. 50 y nota 3. Sobre la concepción contractual del Estado en HOBBS, cfr. KOLLER, en *Weiberger-FS*, pp. 248 y ss.; VALLESFÍN. *Historia de la teoría política*, pp. 273 y ss.

²⁰² BECCARIA. *De los delitos y las penas*, p. 45; cursivas añadidas.

²⁰³ VON HUMBOLDT. *Los límites*, pp. 111, 50 y 51.

²⁰⁴ Sobre ello, cfr. MORESO. *La teoría del Derecho en Bentham*, pp. 324 y ss.

referida a la protección material de bienes, dándose dicha protección directamente a partir de la función coactiva empleada sobre los potenciales infractores, en la noción citada de HOBBS, así como en JAKOBS –quien afirma que “el Derecho penal no garantiza la seguridad de bienes, sino la vigencia de la norma”²⁰⁵–, 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 LISZT²⁰⁶ o a 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 pena²⁰⁷. Para el autor italiano, el fin esencial de la pena, y por el que ésta se justifica, es el del “restablecimiento 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

²⁰⁵ JAKOBS. *Handlungsbegriff*, p. 37.

²⁰⁶ Matices y diferenciaciones objetivas y subjetivas en la propia idea de la paz jurídica pueden verse en WUKTENBERGER, en *Peters-FS*, pp. 214 y ss.

²⁰⁷ Esto es resaltado por PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. *Contribución*, pp. 25 y 26, de donde se citan las referencias expuestas a continuación en el texto.

tranquilidad. Tienen lugar, así, dos procesos psicológico-sociales, uno producido por el delito, otro producido por la pena, cuyos efectos se compensan mutuamente”²⁰⁸.

Tras estas consideraciones, puede hacerse un balance crítico pro-visional 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

²⁰⁸ JELLINEK. *Die sozialtheoretische 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.; LÜNBESSEN, en *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 s., 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 (Cfr. *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 enfrentar la libertad y autonomía del individuo como límite frente al Estado, como es propio de las teorías liberales (cfr. por ejemplo, FÖRSTER. *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 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, en *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.

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 mismas²⁰⁹; y que dicha protección de la expectativa no tiene sentido si no es como medio para el fin de protección de bienes jurídicos²¹⁰. 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 sólo²¹¹— 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 haciendo algo contra la delincuencia²¹². Indudable-

²⁰⁹ Por ejemplo, HIRSCH, en *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...”.

²¹⁰ Así, ADAMS y SHAVELL, en *GA* 1990, p. 339.

²¹¹ 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, C, 4.

²¹² Críticas de esta índole pueden encontrarse, por ejemplo, en BARATTA, en *CPC* 1984, pp. 533 y ss.; id., en *Kaufmann-FS*, p. 412; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 77. Respecto de la función simbólica del Derecho, y del fenómeno de la legislación simbólica, cfr. SILVA SÁNCHEZ.

mente, 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 norma²¹³, 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*

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, en *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, en *nsfz* 1989, pp. 553 y ss.; Voss, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 25 y ss.

²¹³ En un sentido similar, afirma CUELLO CONTRERAS, *PC*, p. 58, que no cabe identificar Derecho penal simbólico y prevención general positiva.

ser— de este fin de la pena²¹⁴, efecto que, por lo demás, 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”²¹⁵. 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 tecnocrática²¹⁶. 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 vigente²¹⁷, 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

²¹⁴ Sobre ese efecto considerado como una “función” —y no como un “fin”— puede verse SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 304.

²¹⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 77.

²¹⁶ No en vano afirma HASSEMER, en *NSZ*, 1989, p. 553, que “quien asocia ‘Derecho penal’ con ‘efectos simbólicos’ se convierte en sospechoso”.

²¹⁷ En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 77, quien, no obstante, se muestra contrario a tal fin del Derecho.

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 (*Verhaltenssteuerung*), 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 bienes jurídicos, ya que prescinde de toda función directiva de conductas y, en general, del carácter coercitivo y vinculante de las prescripciones penales²¹⁸. Quizá por ello venga a afirmarse que esta teoría olvida “la especificidad propia del Derecho penal”²¹⁹. 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 de 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.

²¹⁸ Así también, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 77. Cfr. asimismo las notas posteriores. ²¹⁹ QUINTERO, MORALES y PRATS, *PG*, p. 89.