

Dicha potencialidad tecnocrática se muestra también en la relevancia que para esta concepción tiene el *desconocimiento* de la comisión de delitos. En efecto, puesto que no persigue la protección directa de los bienes jurídicos, lo ideal para la consecución del fin de la protección de la vigencia sería, no que se realizaran menos acciones delictivas, sino antes, que esas acciones delictivas no fueran conocidas por la generalidad de los ciudadanos²²⁰. Desde POPITZ es conocido "el efecto preventivo del no conocer" los niveles de la cifra negra del delito²²¹. En forma sintética, la objeción podría formularse afirmando que esta teoría conlleva una petición de principio, ya que establece el fin del Derecho penal pero no establece los medios con los que dicho fin debe realizarse²²².

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

220 Cfr. ya SCHMIDHAÜSER. *Vom Sinn der Strafe*, p. 79.

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

222 Quizá a esto se refiere LÜDERSSEN. *Abschaffen des Strafsens?*, p. 31, cuando pone de manifiesto la "circularidad de la fundamentación" de la prevención general positiva: "Se habla de la estabilización de la norma - pero si la sanción debe garantizar esta estabilización, debe entonces saberse por qué estabiliza realmente". En el mismo sentido, KÖHLER. *Über den Zusammenhang*, p. 31, resalta que cuando se habla de mantenimiento, aseguramiento o reforzamiento de la vigencia o de la fidelidad a Derecho no se explicita el medio como lo de llevarse a cabo; y KROPHÄUSER. *Strafe, Strafrechtsgut*, pp. 31 y 32, sostiene que "la premisa de que la pena estabiliza las normas porque [...] fortalece la fidelidad a Derecho, es elíptica. Ya que deja abierto de qué forma realiza eso la pena". En igual sentido, FROMMEL, en *Schüler-Springorum-FS*, p. 274; LÜDERSSEN, en *zstw* 107, 1995, p. 885: "El aseguramiento de la estabilidad es una fórmula vacía de contenido".

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

Ello es resaltado también por HABERMAS, quien afirma que "lo primero que LUHMANN hace es desnudar a las expectativas generalizadas de comportamiento de su carácter deontológico, es decir, de su carácter normativamente vinculante. LUHMANN hace desaparecer el sentido ilocucionario de los preceptos (o de las prohibiciones o permisos) y, por tanto, el efecto de establecer vínculos que tienen esos actos del habla [...] Conforme a esta lectura las normas sólo pueden estabilizar expectativas e inmunizarlas contra los desengaños a costa de un déficit cognitivo"²²³. Coherentemente con su concepción, LUHMANN afirma que "el Derecho no es primariamente un orden coercitivo, sino un facilitador de expectativas"²²⁴. Por ello, "la situación de coerción constitutiva del Derecho es la obligación a la selección de expectativas". Pero a continuación resalta el mismo autor que dicha selección de expectativas, "si bien en unos pocos aunque importantes casos, puede motivar forzosamente a la realización de determinadas conductas"²²⁵. Parece, entonces, que el Derecho, si bien secundariamente, *también* poseerá un fin de dirección de conductas: "La necesidad de seguridad inherente al Dere-

223 HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 564.

224 LUHMANN. *Rechtssozio-logie*, p. 100

225 Ídem.

cho se refiere en primer lugar a la seguridad de las propias expectativas, sobre todo a la de las expectativas de expectativas, y sólo en un segundo plano a la seguridad del cumplimiento de dicha expectativa por la conducta esperada.²²⁶ Por mucho que quiera relegarse a un segundo plano, estas consideraciones de LUHMANN muestran que no es posible garantizar una expectativa sin un mecanismo recíproco de motivación vinculante hacia el respeto de dicha expectativa. De hecho, asegurar las expectativas de expectativas –es decir, asegurar no sólo a *Ego* que los demás (*Alter*) la cumplirán, sino también que *Ego* cumplirá lo que los demás esperan de él– sólo puede llevarse a cabo precisamente mediante el aseguramiento del cumplimiento de dicha expectativa por la conducta esperada. Es quizá en este sentido que LUHMANN habla expresamente de un “deber (*Sollen*) simbólico” incluido en la norma, si bien ese *Sollen* no es puesto en relación con su poder o su razón de ser de mensaje prescriptivo, sino solamente con la *expresión* formalizada de la expectativa de la vigencia del Derecho.²²⁷

Dicho abandono de una función directiva en aras de una mera función expresiva de vigencia es también puesta de manifiesto por los penalistas que han incorporado la concepción luhmaniana del Derecho al Derecho penal, así como por los intérpretes y glosadores de estas posturas doctrinales. Se afirma, por ejemplo, que con la escuela de JAKOBS se produce “un rechazo de la concepción imperativista de las normas y su sustitución por una visión institucional de las mismas, en la que no se trata tanto de dirección o regulación inmediata de conductas como del establecimiento y estabilización en la sociedad de redes de expectativas recíprocas de comportamiento”²²⁸. JAKOBS, en este sentido, afirma que, frente

226 LUHMANN. *Rechtssoziologie*, p. 100.

227 *Id.* *Rechtssoziologie*, p. 43.

228 PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. *Consideraciones*, p. 19, nota 9,

a la concepción tradicional de las normas de conducta, éstas no van dirigidas primariamente a potenciales delinquentes –es decir, a aquellos que quebrantarán las normas– sino a todos los miembros de la sociedad, en cuanto potenciales víctimas²²⁹: “La protección tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza”. La reafirmación no tiene por contenido el que posteriormente no vaya nadie más a infringir la norma, porque la pena haga desistir a los delinquentes potenciales, ni menos aún se trata de cualquier pronóstico referido al comportamiento futuro del autor²³⁰. En cualquier caso, JAKOBS parece rechazar la total desvinculación de la norma con los autores potenciales y, al igual que LUHMANN, la ausencia de toda función motivatoria de la misma, por cuanto, dentro de su concepción de la prevención general positiva, incluye además un fin de *ejercicio en la fidelidad a Derecho*, noción que, a pesar de la similitud terminológica con las posturas comunitaristas²³¹, no creo que pueda o deba ser interpretada welzelianamente como internalización de los valores ético-jurídicos²³². JAKOBS define ese fin de la siguiente forma: “La pena grava al comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas, aumentando la probabilidad de que ese comportamiento se aprenda en general a

citando a MÜSSIG. *Rechtsgüterschutz*, pp. 89 ss. y 140 ss. Una crítica a la concepción imperativista y directiva de las normas de conducta es desarrollada por LIESCH, en *ADPCP* 1995, pp. 929 y 930.

229 JAKOBS. *Criminalización*, p. 314; *Id.* AT 1/15. Cfr. también PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 36; PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. *Consideraciones*, p. 20.

230 JAKOBS. AT 1/15.

231 La proximidad de la noción de la *fidelidad* (*Rechtstreue*) con las tendencias ideológicas de los años 30 en Alemania es resaltada, por ejemplo, por FEJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal*, p. 49, nota 126, proponiendo por ello el empleo alternativo de la idea del *respeto* al Derecho. 232 Sabido es que el propio JAKOBS, en el “Prólogo” de su *Manual*, aproxima su postura con el fin ético-social de WELZEL (p. vii) (también recientemente en *Pf* 1997, p. 162). Pero, a mi juicio, dicha proximidad no debe interpretarse tanto funcionalmente, en el sentido de que se persigan idénticos fines, o se empleen idénticos medios, como estructuralmente, en el sentido de que ambos parten del fin autorreferencial de protección de la vigencia del Derecho y no de la protección de bienes “externos” al propio ordenamiento y, por tanto,

considerarlo como una alternativa de comportamiento a no tener en cuenta"²³³. ¿Cómo ha de producirse entonces ese efecto generador de la fidelidad o respeto al Derecho? Si, como podría desprenderse del enunciado anterior, es precisamente la consecuencia costosa –el mal que supone la pena– la que genera esa obediencia, estamos en realidad ante una versión más de la prevención de intimidación, si no entendida psicoanalíticamente como reforzamiento del super-resado, quien basa su actuación en el análisis de consecuencias costosas y beneficiosas. No obstante, cabe aún otra interpretación, quizá más plausible con los presupuestos teóricos de JAKOBS. Ésta partiría no del efecto disuasor de la amenaza de pena, sino del refuerzo simbólico de "deber ser" que la amenaza de pena ejerce sobre la norma institucionalizada; la motivación a la no realización de conductas lesivas vendría dada, entonces, no por la amenaza de pena, sino en primer lugar por el componente valorativo inscrito en la norma de respeto a la vida, a la integridad física, etc., el cual es considerado merecedor de respeto²³⁴. En este sentido podría entenderse la idea que JAKOBS expresa en otro lugar, relativa a que la fidelidad a Derecho se fomenta porque "la desvaloración de la alternativa puede ser tan evidente que conduzca a su completo desplazamiento en cuanto alternativa vivencial"²³⁵. En cualquier caso, e independientemente de la interpretación que quiera darse a ese ejercicio en la fidelidad a Derecho –interpretación a la que las sucintas y oscuras formulaciones del autor alemán no ayudan²³⁶–,

conforman el injusto penal como lesión de la norma y no –o sólo secundariamente– como lesión de bien jurídico.

²³³ JAKOBS. *AT*, 1/15

²³⁴ En sentido similar, BUSTOS y HORMAZÁBAL. *Lecciones*, p. 50: "La prevención general positiva motivaría no a través del miedo sino a través del Derecho que cumpliría una función comunicativa de los valores jurídicos".

²³⁵ JAKOBS. *Culpabilidad y prevención*, p. 79; en el mismo sentido, JAKOBS. *El principio de culpabilidad*, p. 383.

puede concluirse que la norma posee *también* un fin directivo de conductas, si bien simbólico y, en cuanto tal, "débil".

La necesidad de asumir la norma *también* como una pauta vinculante obligatoria no puede extrañar si, como afirma LESCH, fiel defensor del fin exclusivo de aseguramiento simbólico de expectativas, "la capacidad de reducción [sc. de la complejidad] de las expectativas normativas depende de su vinculatoriedad", y si "ningún sistema social complejo puede existir y sobrevivir si la consecución de alguna parte de su orden normativo no se realiza de forma *obligatoria*"²³⁷. Por este motivo es por lo que las pautas de conducta establecidas en las normas "deben garantizarse de forma vinculante"²³⁸. Ello parece, como ya puse de manifiesto con la objeción anteriormente formulada, evidente. A modo de tesis: *el Derecho sólo puede pretender garantizar a Ego que los demás respetarán la expectativa que la norma expresa si a su vez (Ego es consciente de que) esa norma –o la amenaza asociada a ella– ejerce cierta motivación sobre los demás tendente a la evitación de acciones que vulnerarían esa expectativa*. Como el mismo JAKOBS afirma, "la confianza en la norma no existe [...] sin una base cognitiva. Por ejemplo, la conciencia de tener el Derecho de nuestra parte en la medida en que lleguemos a ser víctimas de un homicidio no es un fundamento idóneo para efectuar un plan de vida, si no existe la conciencia de que ese homicidio será probablemente evitado"²³⁹. En suma,

²³⁶ Cfr. sobre este aspecto de la teoría de JAKOBS, las críticas realizadas por Voss. *Symbolische Gesetzgebung*, p. 116, resaltando que dicho ejercicio en la fidelidad es un objeto extraño en la concepción luhmaniana del fin de protección de expectativas normativas, y que JAKOBS no aporta una explicación de los mecanismos y procesos psico-sociales por los que esa fidelidad habrá de producirse. En sentido similar, KOHLER. *Über den Zusammenhang*, p. 31 –a quien cita también la autora anterior– quien afirma que lo único que viene a afirmarse cuando se habla del "ejercicio en la fidelidad a Derecho" es que ésta no se produce a través de la intimidación, sin explicitar el medio por el que ello ha de darse en la práctica.

²³⁷ LESCH. *Das Problem*, p. 244; subrayados en el original.

²³⁸ *Idem*.

²³⁹ JAKOBS. *Criminalización*, p. 315.

todo fin asegurador de expectativas debe venir acompañado de un fin directivo de conductas²⁴⁰. Por esta razón, considero que toda teoría del Derecho penal, como orden normativo obligatorio, debe estar en disposición de establecer un modelo de motivación de conductas²⁴¹, en otras palabras, aportar un *porqué* al acatamiento de las normas. Y ese porqué debe ser no sólo valorativamente *legítimo*, sino asimismo *efectivo*, puesto que, como se acaba de afirmar, lo que el Derecho pretende garantizar no es otra cosa que, dicho con VON LISZT, la confianza en su "poder protector", es decir, que será *eficaz* en su fin de mantener las expectativas inquebrantadas²⁴².

¿Cuáles, entonces, el criterio de motivación propio de esta teoría de la pena? Para LESCH, por ejemplo, la obligatoriedad se funda exclusivamente en el hecho de que las normas son la institucionalización de un consenso social generalizado en relación a las expectativas que han de regir la convivencia social y dar identidad normativa-jurídica, no moral-al sistema social. "Con la institucionalización las normas pasan a ser socialmente generalizadas, es decir, independientes de la opinión fáctica de cada individuo, porque debe poder partirse siempre de que son reconocidas por los 'otros' no consultados". "El Derecho es consenso generalizado", *del cual surge la pretensión de respeto de las normas*²⁴³. Como puede apreciarse, la teoría de la protección de la vigencia de la norma se asienta sobre los

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

241 Ello es destacado también por BAURMANN, en GA 1994, p. 370.

242 Afirma, por ejemplo, Voss. *Symbolische Gesetzgebung*, p. 116, que "la confianza en la norma se conforma como consecuencia de la manifestación de la efectividad y de la vigencia de la norma" (subrayado añadido).

243 LESCH. *Das Problem*, pp. 244 y 245.

presupuestos de una sociedad democrática, en la cual los ciudadanos, consensuadamente, se otorgan a sí mismos las normas que han de regular la convivencia; y, sobre esos presupuestos, asume la presunción de que los ciudadanos son, por principio, respetuosos del Derecho²⁴⁴. JAKOBS, por ejemplo, afirma que el concepto de persona relevante a efectos del Derecho penal es "a quien se le adscribe un rol de un ciudadano respetuoso del Derecho"²⁴⁵. Por ello, los mensajes emanados de la norma y de la pena van dirigidos antes a potenciales víctimas –o en todo caso a ciudadanos respetuosos del Derecho– que a potenciales delincuentes, y por ello se resta relevancia teleológica al momento preventivo de evitación coercitiva de acciones por la norma o por la amenaza de pena y se acentúa la imposición de la sanción como mecanismo no tanto directivo de conductas o instrumental como meramente simbólico, expresivo de una confianza en la norma *ya preexistente*²⁴⁶. Así, dado que se parte de que los ciudadanos, siendo las normas fruto de su decisión consensuada, han asumido ya el respeto hacia las mismas, no es preciso, por tanto, interponer mecanismos coercitivos y preventivos "duros": "Las normas que tienen una base legítima no necesitan de la amenaza como medio de motivación"²⁴⁷, se concluye. En

246 Cfr., por ejemplo, JAKOBS. *AT 1/1*; *ib.*, en *zstf 107*, 1995, p. 865; *ib.*, en *PJ 1997*, p. 151; FEJÓO. *El injusto penal*, pp. 42 y 79. Cfr. asimismo KUHLEN, en *GA 1994*, pp. 364 y 365; BAURMANN, en *GA 1994*, p. 379; LÜDERSSEN, en *zstf 107*, 1995, p. 904.

247 JAKOBS, en *PJ 1997*, p. 151. Ello le lleva afirmar que sólo es persona real aquél cuyo comportamiento resulta adecuado a Derecho. También en *zstf 107*, 1995, p. 865. En un sentido similar, si bien empleando el término de "ciudadano", FEJÓO. *El injusto penal*, p. 42. Esta tesis es menos provocadora de lo que parece. Consideraciones similares pueden, por ejemplo, encontrarse en CORTINA. *Ética sin moral*, p. 249. Sobre las nociones de "persona" y de "ciudadano" como conceptos normativos y abstractos cfr. *infra* capítulo segundo, II, A. 2. b).

248 Cfr., por ejemplo, LESCH. *Das Problem*, p. 252, quien resalta que la norma no persigue una función directiva directa de las conductas. Por otra parte, la relevancia del momento de imposición de la sanción frente al momento preventivo de la llamada de la norma en JAKOBS es puesto de manifiesto, por ejemplo, por Voss. *Symbolische Gesetzgebung*, p. 116. 249 FEJÓO. *El injusto penal*, p. 90, citando consideraciones basadas en la concepción valorativa de la norma de BAJO FERNÁNDEZ.

suma, la legitimidad de las normas, basada en el *reconocimiento* consensuado de las mismas por los ciudadanos, es el criterio de motivación en que se asienta esta teoría: los ciudadanos respetarán las normas porque, al responder a un proceso democrático, reconocen en ellas pautas correctas y legítimas de conducta.

La necesidad de un previo reconocimiento democrático de las normas como presupuesto de esta concepción del Derecho ha sido puesta también de manifiesto por BAURMANN, resaltando que "no siempre es tenido en cuenta que una intervención simbólica de la vigencia de una norma *sólo* puede aportar una razón para el acatamiento por parte del destinatario de las normas, cuando éste atribuye *legitimidad* al legislador"; y concluye por afirmar que "la legitimidad del legislador es el *requisito necesario* para la prevención general positiva"²⁴⁸.

Y es dado ese presupuesto por lo que la prescripción inherente a la norma queda, como ya afirmara LUHMANN y reitera LESCH²⁴⁹, como un *Sollen* meramente simbólico, desde el cual la motivación a su pretensión de respeto viene dada únicamente por el reconocimiento de los ciudadanos de los criterios valorativos plasmados en las normas, sancionados simbólicamente por la amenaza de la pena, como ya vimos que podía interpretarse el fin de ejercicio en la fidelidad a Derecho de JAKOBS. En suma, el fin de protección de expectativas sí ofrece un modelo de acatamiento de las normas; es decir, un criterio de protección de las expectativas de expectativas, requisito en realidad indispensable para la propia protección de la

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

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

confianza en la vigencia de la norma, ya que sólo si la norma ejerce alguna función motivatoria y directiva de conductas puede pretender el Estado garantizar a los ciudadanos que ésta será respetada por los demás participantes en el tráfico social. Lo que ocurre es que esta teoría niega la *vertiente imperativa* dirigida por la amenaza de pena, ya que parte de una comprensión de los destinatarios de las normas como respetuosos del Derecho, presunción que les lleva a concluir que en estas sociedades, esencialmente estables a efectos de delincuencia, no tiene sentido imponer una coacción heterónoma y violenta a quienes, como autores del mismo, son ya respetuosos del Derecho. Expresado de otra forma, y como lo hace JAKOBS, un Derecho penal democrático no puede entender al ciudadano como enemigo²⁵⁰. A estos presupuestos responde la declaración de principios con que el autor alemán inicia su Manual: "El contenido y la función de la pena no se pueden configurar [...] con independencia de la existencia del orden en que se pune, ni de la comprensión de su sentido. Así, por lo que se refiere a la existencia del orden, un Estado que deba concentrar sus fuerzas para el aseguramiento de su existencia (por ejemplo, en guerra) empleará la pena de modo que a corto plazo garantice su eficacia (por ejemplo, intimidación por medio de penas severas), mientras que un Estado sin problemas agudos de existencia puede asumir la ineffectividad a corto plazo, para conseguir, mirando a un futuro más lejano, la paz interna (por ejemplo, evitando las penas severas para no embotar la sensibilidad ante la violencia)"²⁵¹.

A mi juicio, dicha concepción responde indudablemente a los presupuestos que debe adoptar el Derecho penal en un Estado

250 JAKOBS. *Criminalización*, p. 295 y pássim; crítico también con esta visión del ciudadano, propia de la prevención de intimidación, Fajóo. *El injusto penal*, p. 33.

251 JAKOBS. AT, 1/1.

democrático de Derecho, en el que las normas son fruto de un procedimiento consensuado y deliberativo de decisión, por el cual, como suele afirmarse, los ciudadanos, como sujetos políticamente autónomos, se convierten en sus propios legisladores²⁵². Por todo ello, considero que dicho criterio de acatamiento de las normas representa quizá el medio *valorativamente* más legítimo que puede emplear el Derecho penal, ya que no se basa en la amenaza, sino en la aceptación valorativa de los ciudadanos, por lo que implica un mayor respeto a la dignidad de los mismos. Pero, como ha sido mencionado, el criterio de motivación coercitivo no puede basar su legitimidad exclusivamente en el aspecto valorativo, sino que debe satisfacer asimismo el aspecto de la legitimación instrumental; es decir, ostentar *efectividad* práctica para la evitación de acciones lesivas. Es cierto que cabría admitir como un hecho que en las sociedades desarrolladas actuales se da un razonable grado de respeto hacia las normas por los ciudadanos. Pero, no obstante, como la propia realidad demuestra, un hecho incontestable es que también existen ciudadanos que no respetan los términos del consenso, y lo expresan con la realización de acciones delictivas. Y, como hemos visto, la concepción de estos autores rechaza expresamente dirigir las normas a los *potenciales* delinquentes, sino que, no sólo la protección de la confianza, sino incluso ese mecanismo directivo simbólico y débil de la norma va dirigido exclusivamente a ciudadanos *ya* respetuosos del Derecho, puesto que ese mensaje simbólico de la validez valorativa de la norma sólo puede dirigirse a quienes ya reconocen previamente esa validez. *A contrario sensu*: para quienes no reconocen esa validez –los potenciales delinquentes–, en nada motivaría ese deber simbólico. Intentemos explicarlo a continuación.

252 Por todos, HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 578 y pássim. Sobre esto, cfr. infra capítulo segundo, II, A, 2, b, iii.

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

pauta vinculante de la conducta"²⁵³; afirmación en la cual la referencia a la "vigencia" no se refiere a la vigencia fáctica respecto del acatamiento de *Alter*, sino a la vigencia normativa o validez: pretensión de respeto por parte del propio *Ego*.

La cuestión que surge es cómo puede la pena *imponer*, como sostiene KINDHÄUSER, una pretensión valorativa de respeto, cómo puede *convencer* a los ciudadanos de la legitimidad de la norma. La ejecución aflictiva de un mal no puede, a mi modo de ver, imponer una pretensión de respeto basada en la corrección valorativa de la norma; por el contrario, la pena, ya en su amenaza, ya en su imposición, sólo puede *imponer* el respeto a las normas por medio de su poder coercitivo y disuasorio, pero no la justicia o legitimidad del mismo. El ejercicio en la validez normativa no puede entenderse entonces como *imposición* de la legitimidad del ordenamiento, puesto que la pena en nada puede convencer a los ciudadanos respecto de si las normas son o no correctas o justas, sino que esa corrección es previa, fruto del consenso social. Expresado en otros términos: la pena no puede *generar* consenso sobre la validez de las normas, sino, todo lo más, recordar o *expresar* la existencia de un previo consenso. Se trataría, como de hecho es afirmado reiteradamente por estos autores, de una mera manifestación simbólica: el Derecho no impone pautas de conducta, sino sólo demuestra o expresa el consenso valorativo acerca de esas pautas²⁵⁴. Así, la pena no pretende, por tanto, la imposición coercitiva de la norma, sino sólo su manifestación simbólica²⁵⁵. La pena es

²⁵³ KINDHÄUSER. *Gefährdung*, p. 30.

²⁵⁴ Cfr. LUHMANN. *Rechtssoziologie*, pp. 61, 106 y ss., quien expresamente afirma que la pena no sirve a la imposición (*Durchsetzung*) de las normas, sino únicamente a su representación (*Darstellung*); similar, LESCH. *Das Problem*, p. 249. Cfr. también SCHUMANN. *Positive Generalprävention*, p. 2; BAURMANN, en GA 1994, p. 379.

²⁵⁵ En relación con la diferencia entre fines instrumentales y fines simbólicos, puede verse Voss. *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 109 y 110; ZUGALDÍA. *Fundamentos*, pp. 90 y ss.; GARCÍA-PABLOS. *Introducción*, pp. 49 y ss., quien, a mi juicio indiscriminadamente, identifica toda

mera expresión del Derecho, que busca el restablecimiento simbólico, no material, del orden normativo. En suma: el Derecho no puede convencer de la legitimidad de las normas a los que no las consideran legítimas, a los potenciales delincuentes, sino sólo expresar o reafirmar simbólicamente esa legitimidad a los que ya parten de ello: a los ciudadanos respetuosos del Derecho. Por lo demás, ese carácter "débil" de la manifestación simbólica de la validez viene resaltado por estos mismo autores, respeto al mecanismo que ejerce la pena, cuando sostienen expresamente que el fin perseguido no debe entenderse como un "ejercicio en la confianza" en sentido psicológico-social empíricamente demostrable, como si la pena pudiera o quisiera conseguir que los ciudadanos confiaran *realmente* en su vigencia; sino que se trata únicamente de señalar que los ciudadanos pueden (*dürfen*) continuar orientándose por la norma, que están en consonancia con el Derecho cuando confían en la norma²⁵⁶.

En realidad, con esa acentuación de lo *simbólico* parece desaparecer, por un lado, todo substrato fáctico a esa misión de la pena, así como, por otro, toda pretensión de efectividad práctica de la misma, limitándose la labor del Derecho penal a expresarse simbólicamente a sí mismo, independientemente de la consecución de esa pretendida vinculatoriedad que se predicaba de las normas, así como de la protección *real* de la seguridad cognitiva. En este sentido parece orientarse la última evolución de JAKOBS respecto del fin y justificación de la pena. Si hasta hace pocos años expresa-

función simbólica con una función tecnocrática del Derecho. Más allá de discrepancias terminológicas o de matices, la referencia a lo instrumental suele asociarse a una función regulativa o directiva de conductas a través de la coerción emanada de las normas de conducta y, como consecuencia, a la protección de los objetos o estados protegidos por esas normas: los bienes jurídicos; en cambio, la función simbólica se vincula a las teorías expresivas o denunciatorias de la pena, con la que se pretende únicamente manifestar o conformar la vigencia ya de valores, ya de expectativas de seguridad.

²⁵⁶ LESCH, en JA 1994, p. 598; cursiva añadida.

ba todavía que uno de los fines de la pena era el ejercicio en la fidelidad a Derecho²⁵⁷, afirma ahora que la pena, si bien dicha finalidad podría ser deseable, se justifica independientemente de dichos efectos. Y más recientemente llega a afirmar que tampoco el mismo fin de garantizar la confianza en la vigencia de la norma, siendo asimismo deseable, acierta a dar la razón de ser de la justificación de la pena estatal²⁵⁸. Estos efectos sociales de la pena no pertenecen al núcleo del sentido de la pena, sino que sólo forman parte de su entorno, ya que responden a esquemas psicosociales de interpretación²⁵⁹. "La pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación"²⁶⁰. Por ello, "puede suceder que se deseen alcanzar determinados procesos psíquicos como consecuencia de la confirmación de la norma por medio de la pena pública, pero no forman parte del concepto de pena"²⁶¹. El sentido de la pena es ahora, para JAKOBS, exclusivamente la "manifestación de la identidad normativa"²⁶² o la "confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad". Se previene algo, afirma, pero ello es sólo "la erosión de dicha configuración normativa"²⁶³. No obstante, "la sanción no tiene un fin, sino consituye en sí misma la obtención de un fin, *scil.* la constatación de la realidad de la sociedad sin cambios"²⁶⁴. Por ello, el propio carácter utilitarista de la pena para la satisfacción y protección de intereses de los ciudadanos parece perder su relevancia: "No se trata 'de

²⁵⁷ JAKOBS. AT 1/15, *Id. Handlungsbegriff* (1992), p. 37; *Id. El principio de culpabilidad* (1993), p. 383.

²⁵⁸ *Id.*, en *PJ* 1997, p. 162.

²⁵⁹ *Id.*, en *zstw* 107, 1995, p. 844.

²⁶⁰ *Id.*, en *PJ* 1997, p. 162.

²⁶¹ *Idem.*

²⁶² *Id.*, en *zstw* 107, 1995, p. 844.

²⁶³ *Id.*, en *PJ* 1997, p. 150.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 157.

fomentar otro bien', es decir, no del bienestar de los individuos, sino exclusivamente de la realidad social"²⁶⁵.

En esta nueva concepción, la demostrada atracción del autor alemán hacia lo abstracto y lo formal llega a su culmen. De la ya abstracta formulación luhmaniana del Derecho, pero sociológica al fin, JAKOBS parece situarse en el ámbito de la metafísica, llegando al "formalismo místico" que MITTERMAIER criticara de HEGEL²⁶⁶. La cuestión es: ¿cómo debe entenderse la actual postura del profesor de BONN? ¿Qué es la "realidad normativa de la sociedad" sino el conjunto de normas establecidas por el Legislador? ¿Y qué otro fin pueden tener dichas normas si no es el de servir como medio para la satisfacción de necesidades basadas en el bienestar de los individuos? ¿Y qué sentido puede tener imponer un mal a un individuo si no es para que las normas puedan desplegar sus efectos? Pero, como vemos, JAKOBS parece negar la razón de ser instrumental y utilitarista tanto a las normas como a la pena. La "identidad normativa" acaba por convertirse en un fin en sí mismo, independientemente de lo que dichas normas protejan, y la pena parece adquirir carácter absoluto, puesto que su imposición no atiende a sus efectos beneficiosos o perniciosos *externos* a sí misma, sino que su propia ejecución es ya un fin²⁶⁷. La "realidad normativa" alcanza el grado de abstracción del "Espíritu objetivo" hegeliano, y la utilización de la pena pierde toda referencia a su necesidad como fundamento de su aplicación, elevándose al máximo exponente el carácter circular de su dialéctica: todo delito

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 158.

²⁶⁶ De hecho, JAKOBS apoya directamente en HEGEL su postura actual. Cfr. en *PJ* 1997, p. 158.

²⁶⁷ En el mismo sentido se manifiestan SCHÜNEMANN y PUPPE: cfr. ZIESCHANG, en *zstw* 107, 1995, pp. 925 y 926. De hecho, el mismo JAKOBS parece apoyar esta afirmación, cuando afirma (*zstw* 107, 1995, p. 845, nota 7) que los efectos *futuros* de la pena pertenecen al entorno de su concepto de "manifestación de identidad social" —que para JAKOBS es también su justificación—.

niega la realidad social y toda pena niega esa negación, independientemente de sus efectos fácticos. La justificación de la pena, como el mismo JAKOBS manifiesta²⁶⁸, se hace inmune a toda corroboración empírica, ya que no es preciso demostrar que ésta sea útil, puesto que su razón de ser no es su utilidad social. Pero, ¿de qué sirve a los ciudadanos que la pena confirme la "realidad de las normas" si no es para que éstas sirvan ya a la evitación de acciones lesivas, ya a la protección de la seguridad de su vigencia, aspectos que JAKOBS rechaza como justificación de la pena –si bien, de manera incongruente, los califica como deseables–? De manera incongruente porque si algo ha de justificar la pena son precisamente sus efectos *deseables*, sus "fines", frente a los rechazables, sus "funciones". Pero para JAKOBS, tanto unos como otros son indiferentes para la legitimación de la sanción estatal. En suma, de la negación de una exigencia de efectividad se llega a la negación de la propia exigencia de necesidad de la pena estatal. Reiterando las críticas que se hicieron en la introducción a la discusión sobre los fines del Derecho penal sobre las teorías absolutas, si en una sociedad laica y democrática hay que partir de que "sólo la pena útil es la pena legítima", una pena desprovista de fines beneficiosos (y no habría necesidad de aclarar: beneficiosos para los ciudadanos) es la más inmoral de las opciones. Expresado en palabras del mismo JAKOBS, antes de su conversión a la mística –es decir, al ámbito de lo que "incluye misterio o razón oculta", según el Diccionario de la Real Academia–: "una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social; sin esta necesidad, sería a su vez un mal inútil"²⁶⁹. Y ese orden social sólo puede entenderse en sentido instrumental: como medio para el desarrollo de la libertad de los ciudadanos, y no como un fin en sí

²⁶⁸ JAKOBS, en *zstw* 107, 1995, p. 844.

²⁶⁹ *Id.* El principio de culpabilidad, p. 366.

mismo, ya metafísico o ya meramente "simbólico". Por ello, el fin del Derecho penal, por un lado, debe ser permeable a su verificación o falsación empírica²⁷⁰, con el fin de poder controlar la efectividad de la necesidad que de la pena se predica; por otro, debe ostentar un grado, al menos relativo, de *efectividad* en los fines que de él se predicen. Ciertamente, las oscuras formulaciones de JAKOBS pueden entenderse sólo como un nivel más elevado de abstracción conceptual –nivel en el que tras el "misterio" de su formulación se hallaría esa "razón oculta"–, como *metáfora*, si se quiere, de los criterios discursivos de legitimación de la pena; al igual que son metáforas las nociones hegelianas de la "negación de la negación" y de que la lesión del Derecho por el delito es "nula en sí misma". Entonces, y más allá de la declarada ausencia de fines externos, el fin de la pena sería el mismo: protección de la vigencia y del respeto del Derecho, y éste se vería metafóricamente representado en la referencia a la "confirmación de la realidad de las normas". El mismo JAKOBS manifiesta que "se trata más bien de cuestiones de formulación que de cuestiones materiales"²⁷¹. Pero esas metáforas deben poseer un substrato material desde el que poder interpretarse instrumental y empíricamente, si no han de convertirse en meros significantes vacíos de contenido, dando lugar a argumentaciones tautológicas y circulares, las cuales, en la praxis de la aplicación de la pena, abocarían a un decisionismo exento de límites y control racional. Desde este presupuesto de racionalidad –y, por ello, de legitimidad– debemos acercarnos a la noción de fin "simbólico" de la pena mantenido por estos autores, ya que en sus consideraciones parecen establecer una barrera

²⁷⁰ Cfr. LÜDERSSEN, en *zstw* 107, 1995, p. 893, oponiendo a las concepciones simbólicas y formales de JAKOBS una exigencia de empirismo, y resaltando, con razón, que la discusión entre *Funktionalismus* y "*alteuropäischen*" *Prinzipien* puede (también) presentarse como una discusión entre mayor o menor abstracción (p. 881). La necesidad de legitimación empírica como criterio de control racional es resaltada por BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?*, p. 263: "los conceptos jurídicos deben ser interpretables empíricamente".

²⁷¹ JAKOBS, en *PJ* 1997, p. 162.

infranqueable entre los mundos paralelos de lo real y lo simbólico, de lo fáctico y su representación.

Como puede colegirse de algunas citas anteriores, para este sector doctrinal lo simbólico parece excluir la experiencia empírica, en tanto en cuanto se rechaza toda referencia a lo material y a lo psicológico-social. En términos genéricos, la idea directriz sería que el ámbito en el que opera el Derecho penal no es el mundo de lo material, lo "exterior", lo fáctico, sino sólo el mundo de lo "comunicativo-simbólico". Por ello se afirma que fin del Derecho penal no es la protección de bienes materiales, sino la de la vigencia de instancias simbólicas de comunicación. Y, por ello, el delito no es lesión de un bien material, sino lesión de vigencia, "producida en un ámbito inmaterial, demostrativo-simbólico"²⁷². Y la pena, en consecuencia, es "una contradicción simbólica al significado simbólico del hecho punible"²⁷³. Pero, volviendo al diccionario, de la lectura del significado de "símbolo" no parece concebible dicha desvinculación con lo empírico, con lo cognitivo, con lo psicológico-social. La Real Academia define "símbolo" como "Representación *sensorialmente perceptible* de una realidad, en virtud de rasgos que se asocian con ésta por una convención socialmente aceptada"²⁷⁴. Ello quiere decir que toda comunicación simbólica ha de ser perceptible por la consciencia individual y, referido a la pena, sus fines simbólicos han de ser, si se pretende alcanzarlos, percibidos por los ciudadanos. Por ello, no puede JAKOBS prescindir de todo substrato psicológico-social. Cuando lo intenta, su comprensión de la comunicación se vuelve sencillamente incomprensible: así, cuando manifiesta que el sentido de un proceso de comunicación (la pena) "no debe ser fijado con base

²⁷² LESCH. *Das Problem*, p. 253.

²⁷³ *Ibid.*, p. 249.

²⁷⁴ Los subrayados son, naturalmente, añadidos.

en... las repercusiones psíquicas de la comunicación". Expresado gráficamente: a JAKOBS le es indiferente que el mensaje (pena) llegue o no llegue al receptor del mismo (ciudadanos). Pero, ¿cuál puede ser la razón de ser de la comunicación si no es que el mensaje sea recibido por el receptor? De igual forma, ¿cuál puede ser la razón de ser, la justificación, del mensaje simbólico emitido por la pena: "la norma sigue vigente", si no es el de ser asumido por el ciudadano, para que pueda así suponerle un bien, y con ello poder organizar pacíficamente su vida?²⁷⁵ Desde el ámbito de la legitimación de la pena, atender sólo a la emisión y no a la recepción del mensaje implica una concepción no ya absoluta, sino gratuita de la pena: la razón de ser de la pena es su propia imposición, independientemente de sus efectos. Por el contrario, entiendo que incluso cuando con la pena sólo se pretendiera la creación de un clima de seguridad cognitivo: tranquilidad y confianza, ello ha de ser un fin basado en la satisfacción de los intereses de los ciudadanos, ya que, contra lo que ahora parece afirmar JAKOBS, esa es la única justificación posible de la pena; fin que, si bien realizado por medios simbólicos, es, puesto que éstos lo son, sensorialmente perceptible, es decir, verificable fácticamente y, por tanto, dependiente, en lo tocante a su legitimación, de su realización —de su plausibilidad— práctica²⁷⁶. En suma, lo simbólico, así como las metáforas, debe tener un substrato fáctico, desde el que puedan verificarse dichos fines de la pena. En realidad, y más allá de abstracciones retóricas que en nada ayudan a la discusión racional

²⁷⁵ Como afirma MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 64: "Si la vigencia fáctica; mejor: si la vigencia cognitiva fáctica de las normas es una condición de estabilidad del aseguramiento de expectativas, entonces la recepción real en la sociedad de la comunicación jurídico-penal no puede ser concebida como el entorno (*Umwelt*) de la teoría.

²⁷⁶ Con razón se pregunta MÜLLER-TUCKFELD, *ibid.*, p. 63, cómo puede compatibilizarse esa inmutabilidad frente a lo empírico con la pretensión de un fin *preventivo* de la pena. En cualquier caso, la referencia a su comprobación empírica ha de entenderse en abstracto —es decir, al hecho de que exista un substrato fáctico que sea comprobable en la realidad práctica—, no referida a las posibilidades concretas e individualizadas de verificación.

sobre los fines del Derecho penal, no creo que los representantes de esta teoría quieran renunciar a la defensa de una misión utilitarista, *relativa ad effectum*, de la pena, y la interpretación que aquí se ha hecho del mismo, avalada por numerosas afirmaciones de sus representantes basadas en referentes psicológico-sociales como la protección de la tranquilidad, de la seguridad, de la confianza cognitiva en la capacidad del Derecho de ejercer respeto, parece mostrar que tampoco quieren o pueden prescindir de un referente cognitivo, psico-social. O en todo caso, esa es la única comprensión de esta teoría que me parece legítimable en un Estado democrático.

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

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

expectativas, como expresiones valorativas. Es quizá a partir de esta concepción meramente valorativa—desde la cual, en cualquier caso, surge una prescripción²⁷⁷, a partir de la que se ejercía esa débil y simbólica función directiva—y del consiguiente rechazo de una configuración imperativa de las mismas, por lo que sobre la concepción normológica de JAKOBS han podido volcarse las mismas críticas que las ya empleadas por los imperativistas para desvirtuar la corrección de la concepción opuesta; así, ADAMS y SHAVELL objetan en la actualidad a JAKOBS lo que ya ENGELSCH, en idénticos términos, afirmara de la comprensión valorativa de las normas: que su concepción parte de un platónico mundo idealizado de las normas, sin la necesaria fuerza coercitiva para servir a la protección de los intereses esenciales de la sociedad²⁷⁸. En este sentido, el problema fundamental de esta teoría no es sólo que, al renunciar a imponer un fin instrumental y coercitivo que disuade a los potenciales delincuentes, renuncie a la pretensión de evitar lesiones de bienes jurídicos por parte de éstos—fin que, en cualquier caso, no es buscado por esta teoría—, sino que esa renuncia imposibilita la

²⁷⁷ La inclusión de una prescripción en la propia naturaleza valorativa de la norma es normalmente admitida tanto desde el punto de vista de la ética como desde los análisis de teoría de las normas. Desde la ética, ello había sido admitido ya por la ontología de los valores de SCHELER y HARTMANN (cfr., en relación a su aplicación al Derecho penal, ARMIN KAUFMANN. *Normentheorie*, p. 74; SALM. *Das versuchte Verbrechen*, p. 182; SINA. *Rechtsgut*, p. 102), así como también por numerosas concepciones actuales de los valores, especialmente por y a partir de la obra de R. M. HARE (cfr. sobre la teoría prescriptiva de los valores de este autor, HARE. *El prescriptivismo universal*, p. 605; y NINO. *Ética y derechos humanos*, pp. 83 y ss., desde una perspectiva crítica). Desde la teoría de las normas, la larga discusión entre concepción valorativa e imperativa de la norma—independientemente de sus consecuencias sistémicas—parece haber mediado posiciones: ni los imperativistas niegan que la norma posea un componente (previo o actual) de valoración, ni los valorativistas niegan que la propia naturaleza valorativa conlleve cierto imperativo, cierta fuerza motivatoria (cfr., por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 334; LUZÓN PEÑA. *PC*, pp. 339 y ss.). Es, más bien, una cuestión de grados y medios: una de las cuestiones sería la de qué es lo que debe motivar, si la amenaza de pena o el propio contenido valorativo de la norma. Posteriormente procuraré volver sobre ello.

²⁷⁸ Cfr. respectivamente, ENGELSCH. *Einführung*, p. 28, y ADAMS y SHAVELL, en GA1990, p. 339.

realización del mismo fin de protección de la vigencia de las normas. Recordemos, por una parte, que estos mismos autores consideraban necesario, para este fin, el carácter obligatorio de las normas penales. Así, vimos que LESCH afirmaba que "ningún sistema social complejo puede existir y sobrevivir si la consecución de alguna parte de su orden normativo no se realiza de forma *obligatoria*"; por su parte, sostiene KINDHÄUSER que incluso "las normas legítimas sin poder de imponerse adolecen de inestabilidad"²⁷⁹. Ello nos llevó a afirmar la tesis de que "el Derecho sólo puede pretender garantizar a *Ego* que los demás respetarán la expectativa que la norma expresa si a su vez *Ego* es consciente de que esa norma —o la amenaza asociada a ella— ejerce cierta motivación sobre los demás tendente a la evitación de acciones que vulnerarían esa expectativa". Partiendo de esa tesis se llegó a la conclusión de que esa vigencia de la expectativa normativa sólo podía realizarse si, a su vez, el Derecho ejercitaba una labor directiva de conductas, como efectivamente vimos que se daba en esta teoría. Pero esa función directiva va sólo dirigida a los ciudadanos respetuosos del Derecho, por lo que con ella *Ego* sólo podrá confiar en que los ciudadanos *ya respetuosos del Derecho* satisfarán su expectativa, pero no en que los no respetuosos de las mismas lo harán, ya que no podrá confiar en que ese mensaje simbólico y débil ejercerá influencia en ellos. Es decir: *Ego*, siendo consciente de que hay ciudadanos que no respetan las normas, será consciente también de que esa manifestación simbólica no disuadirá a los mismos de realizar acciones delictivas. Por tanto, *Ego* no podrá confiar en la vigencia de las normas. La conclusión es evidente: sólo cuando el Derecho penal establezca medios disuasorios *también* para los potenciales delincuentes podrá proteger efectivamente la vigencia de las normas, y aportar un margen de seguridad cognitiva. Ello, además, vendrá ratificado por una conclusión a la

²⁷⁹ KINDHÄUSER, en GA 1989, p. 497.

que llegaremos posteriormente, y que ahora dejaremos solamente formulada: al igual que la confianza genera confianza, la desconfianza en la vigencia de las normas multiplicará socialmente esa desconfianza, y, al igual que la confianza de los respetuosos del Derecho en que sus bienes no serán vulnerados genera en los mismos razones para continuar siéndolo, la desconfianza en la vigencia de las normas ofrecerá razones a quienes respetan el Derecho a dejar de hacerlo, porque el respeto de las normas sólo reportará ventajas si los demás también las respetan.

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

arcaicas la confianza se basa en la relación recíproca y plena de los sujetos, sancionada por instituciones puramente simbólicas como la religión o la sensación de pertenencia a una comunidad cerrada, basada en la identidad de las convicciones morales y afectivas comunes. Con el incremento de la complejidad en las relaciones sociales y la disolución de esa identidad común, así como con la consiguiente instauración del pluralismo moral y el anonimato, en las sociedades industrializadas dicha confianza personal se quiebra y se torna en *desconfianza*. A partir de esa quiebra, la confianza, esencial en todo caso para la pervivencia de las relaciones sociales, ha de apoyarse en instituciones instrumentales como el Estado; instituciones que surgen precisamente para paliar la desconfianza interpersonal. De la desconfianza personal se pasa a la confianza institucional, labor del Estado²⁸⁰. Por ello, en las sociedades actuales la confianza en la vigencia de la norma no, o no sólo, puede basarse en la mera presunción de que los demás serán fieles al consenso creador de las normas por el mero hecho de haberlo aceptado, bastando con la mera simbolización del mismo por la aplicación del Derecho, sino que esa confianza en el respeto al consenso, en permanente conflicto dialéctico con la desconfianza personal, sólo puede ser efectivamente protegida a través de la confianza en el poder coercitivo y vinculante del Derecho, de carácter más intenso que la mera expresión simbólica de la pretensión de respeto del Derecho, ya que de éste no se derivará por sí mismo un motivo suficiente de motivación al respeto de las normas, y poca confianza en la no realización de acciones lesivas

²⁸⁰ Sobre la evolución de la confianza personal a la confianza institucional como resultado del tránsito de las sociedades arcaicas a las complejas, cfr. LUHMANN, *Confianza*, pp. 81 y ss. (92 y ss. respecto de la confianza en el poder político legítimo); OTTO, en *zstw* 87, 1975, pp. 554 y ss., resallando la necesidad de la confianza institucional a partir de la *desconfianza* interpersonal, si bien negándose a asumirla, lo que le hará mantener un presupuesto de confianza en los valores comunes y a una concepción moral de la *comunidad* al modo de las teorías comunitaristas. Ello tendrá consecuencias para la concepción del injusto. Cfr. Segunda parte, capítulo tercero, III, 1, en relación a la concepción de OTTO.

por terceros puede generarse si los propios ciudadanos no ven en el Derecho un orden eficazmente vinculante. Como afirma VON GEMMINGEN, "la vigencia social del Derecho se basa en una relación de intercambio entre *poder* y confianza", y sólo "si el Derecho se muestra más poderoso que el delincuente [...] el lesionado y el entorno se sienten protegidos"²⁸¹. En suma, la mera misión simbólica de reafirmación en la confianza debe venir reforzada por una misión de carácter instrumental basada en la función instrumental coercitiva²⁸². En páginas posteriores se retomarán estos argumentos para intentar desarrollar un complemento de esta teoría. Puede, por ello, concluirse aquí, respecto de esta primera carencia.

La segunda objeción va dirigida contra el rechazo por parte de estos autores de un fin de protección de bienes jurídicos. A mi juicio -y ello será formulado brevemente, ya que posteriormente se desarrollará²⁸³-, no existen obstáculos, ni desde una legitimación instrumental ni desde una legitimación valorativa, para ese rechazo. Desde una perspectiva instrumental porque sí, como hemos dicho, el Derecho sólo puede proteger la vigencia de las normas si al mismo tiempo establece medios dirigidos a la disuasión de conductas lesivas, del mismo fin de protección de las expectativas normativas habrá de derivarse un fin protector de los bienes jurídicos. Expresado de otra forma: el Derecho sólo *puede* proteger la seguridad cognitiva en la medida en que proteja la seguridad material: los bienes jurídicos, que son, a la postre, el contenido de las expectativas normativas. En suma, el fin de protección de expectativas y el fin de protección de bienes jurídicos no sólo no son opuestos, sino que son, de hecho, funcionalmente recíprocos: la realización de uno conllevará *per se* la consecución del otro.

²⁸¹ Cfr., VON GEMMINGEN, en *zstw* 52, 1932, p. 164. Cfr., sobre la relación de VON GEMMINGEN con las teorías que parten de la prevención general positiva y del delito como lesión del deber, LESCH, *Das Problem*, p. 148.

²⁸² En similar sentido, BAURMANN, en *GA* 1994, p. 384.

²⁸³ Cfr. *infra* capítulo segundo, II, B, 3, e.

Y desde una perspectiva valorativa considero injustificado ese rechazo precisamente por el hecho de que el contenido de las expectativas normativas es la seguridad material de los bienes e intereses personales. La confianza que conlleva el mensaje normativo: "tus bienes (en sentido genérico) no serán atacados por terceras personas", si bien para el ciudadano implica ya en sí mismo un interés personal, en cuanto esa confianza le permitirá desarrollar sus fines individuales sin temor, presupone en todo caso un interés personal de carácter axiológicamente superior: esos mismos bienes del ciudadano. El temor a ver menoscabados sus bienes viene dado por el hecho de que lo realmente esencial para el ciudadano no es, en sí misma, esa seguridad cognitiva, sino la seguridad material de los mismos. De otra forma: lo que permite al ciudadano participar en las relaciones sociales es la efectiva existencia de esos bienes, antes que la mera confianza en la continuidad de esa existencia; el hecho de estar vivo, y no la confianza en que seguirá vivo. Por ello, desde los presupuestos de una teoría liberal, desde la que el Estado se concibe como un instrumento al servicio de los intereses esenciales de los ciudadanos, el Derecho penal debe, como fin *inmediato* proteger los bienes jurídicos, la seguridad material, y sólo como fin *mediato*, proteger la confianza en la incolumidad de esos bienes, la seguridad cognitiva. Ya ha sido dicho que, en todo caso, ambos fines tienden hacia una implicación mutua, por lo que ni funcional ni tampoco valorativamente puede ni debe prescindirse de uno de ellos. No obstante, la opción por uno u otro como fin *primordial* del Derecho penal conllevará, como ya fue resaltado en la introducción, consecuencias para la construcción dogmática y, por tanto, para la concepción del hecho punible: lesión de bienes jurídicos o lesión de la vigencia de la norma.

En realidad, es en este último aspecto, el cual no puede ser analizado aquí, donde la oposición entre ambos fines se torna más relevante. En este sentido, debe resaltarse, siquiera brevemente,

que la verdadera razón por la que JAKOBS prescinde del fin de protección de bienes jurídicos no es ni de carácter funcional ni de carácter valorativo —a diferencia de las concepciones comunitaristas, en las que el rechazo a ese fin del Derecho penal viene dado por las implicaciones liberales que conlleva— sino de carácter metodológico: para este sector doctrinal, desde una concepción sistémica de las relaciones sociales, el concepto de delito como lesión del bien jurídico es rechazable epistemológicamente, por lo que conlleva, a su juicio, una comprensión naturalista del delito, que contempla sus efectos producidos en el "entorno" del sistema social, y no dentro del mismo, en el cual sus relaciones no se perciben como lesiones materiales y causales de bienes tangibles, sino como procesos de comunicación simbólica²⁸⁴.

Por último, conviene hacer mención de una tercera limitación, ubicada ésta en los presupuestos en que se sostiene esta teoría. Recordemos que criterio esencial de la misma, y desde el cual se rechaza la necesidad de una función directiva instrumental del Derecho, es la premisa de que los ciudadanos son respetuosos de las normas jurídico-penales, dado a su vez el presupuesto de que dichas normas son fruto de un consenso intersubjetivo y democrático, es decir, elegidas y, por ello, aceptadas por los ciudadanos. A mi juicio, esta presunción, si bien esencialmente correcta, debe, por un lado, admitirse con ciertas reservas; por otro, debe fundamentarse teóricamente. Debe, en primer lugar, admitirse con reservas porque, además de la realidad ya citada de que también existen potenciales delincuentes, del mero hecho de que el Dere-

²⁸⁴ Cfr., por ejemplo, JAKOBS, AT, p. VII (Prólogo a la 1.ª ed.); *ib.*, en *zstW* 107, 1995, pp. 844, 861 y pássim; MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 144: "El injusto penal afecta a las condiciones autorreferenciales de constitución de la sociedad como sistema de comunicación"; LESCH, en *ADP* 1995, pp. 916 y ss. En sentido similar, criticando la visión naturalista de lo social de la teoría del bien jurídico, KARGL, *Rechtsgüterschutz*, p. 54. Este ámbito de la discusión es demasiado complejo para ser desarrollado aquí.

cho actual pueda calificarse como democrático no puede concluirse que los ciudadanos mantengan dicha relación de aceptación valorativa con cada norma establecida en el Código Penal. En este sentido, apenas cabe dudar que, respecto de dicha aceptación, podrá establecerse cierta escala gradual, habiendo normas que, por ir dirigidas a la protección de los intereses más esenciales a la persona –la vida, por ejemplo– obtendrán un mayor consenso que otras que regulen situaciones más difusas o lejanas a la esfera de intereses individuales –bienes jurídicos colectivos–, o que sean objeto de conflictos valorativos en el seno de la sociedad –delitos contra el deber de prestación del servicio militar o delitos relativos al tráfico de drogas, por ejemplo–. Y, en segundo lugar, debe fundamentarse teóricamente porqué en la base argumental de esta teoría se halla ese consenso, ya que desde éste infiere la razón del respeto a las mismas. Expresado en otros términos: ya que el consenso es tanto criterio de legitimación de las normas como, por ello, razón para el respeto de las mismas²⁸⁵, esta teoría debe entrar en la cuestión de cuáles son los bienes jurídicos que *deberían* ser protegidos por el Derecho penal según el citado consenso, para, con ello, establecer una graduación, siquiera genérica, de la legitimación de las distintas normas, el cual determinará, a su vez, escala gradual respecto del acatamiento de las distintas normas.

No obstante, la respuesta a esta cuestión es, por lo general, deliberadamente desplazada de la discusión de los fines del Derecho penal por los defensores de la prevención general positiva. Ello viene debido a las propias características de la metodología jurídica que esta doctrina adopta, influenciados también en este punto

²⁸⁵ La indudable vinculación entre la legitimidad consensuada de las normas y su vigencia fáctica es resaltada, entre otros, por WOLFF, en *zstW* 97, 1985, p. 800. Cfr. asimismo MIR PUIG. Sobre el principio de intervención mínima, p. 156: "Sólo cuando la amenaza penal apoye una norma penal primaria convincente podrá desplegar una función de prevención general positiva" (cursivas parcialmente añadidas).

por la perspectiva sociológica del Derecho de LUHMANN, desde la cual se renuncia a establecer, como labor propia de la dogmática, criterios de racionalidad crítica y de legitimidad respecto de la elaboración del Derecho²⁸⁶. Es decir, en el estudio dogmático del Derecho se parte exclusivamente del Derecho positivo, de lo dado por el Legislador, por lo que no se establecen pautas críticas respecto de cómo debería ser ese Derecho. Ello es expresado con claridad por MÜSSIG, quien pone de manifiesto que "los puntos de partida de la teoría sistémica son, esencialmente, ciegos ante la problemática jurídico-penal de la legitimación"²⁸⁷. Y, dada esta influencia, esta versión de "la teoría de la prevención general positiva [...] es un modelo formal y positivista en la medida en que da por supuesta, es decir, no convierte en el tema a tratar, la configuración concreta de la sociedad"²⁸⁸.

²⁸⁶ Es en este sentido en el que SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 70, califica de "sociológica" la concepción dogmática de JAKOBS, "puesto que la construcción dogmática ha perdido toda autonomía valorativa (y, por ello, toda posibilidad de aportación de principios correctores)"; si bien este autor se refiere no al ámbito de la criminalización de conductas, sino al de la misión del Derecho penal: "... y se ha hecho esclava de la constatación empírica de cuáles son las funciones del subsistema jurídico-penal en el sistema social"; no obstante, la afirmación del autor español puede ir dirigida también a este segundo ámbito, como lo muestra, por ejemplo, la descripción crítica que realiza HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 115, sobre el modelo metodológico de LUHMANN: "Al final de un largo proceso de desencantamiento por parte de las ciencias sociales, la teoría de sistemas liquida los restos del normativismo del derecho natural racional. El derecho, que acaba reduciéndose a un sistema autopoietico, queda despojado, desde ese punto de vista sociológico, distanciado y extraño, de todas sus connotaciones normativas [...] Su validez, el derecho sólo puede hacerla derivar positivísticamente del derecho vigente; se ha despojado de toda pretensión de validez que pueda tener un alcance mayor. No hay ni un *output* que el sistema jurídico pudiese suministrar en forma de regulaciones: no le están permitidas las intervenciones en el entorno. Ni tampoco hay un *input*, que el sistema jurídico recibiese en forma de legitimaciones: también el proceso político, el espacio de la opinión pública y la cultura política constituyen entornos, cuyos lenguajes el sistema jurídico no entiende". En el mismo sentido, RUBIO CARRACEDO. *Paradigmas de la política*, p. 45. Respecto a la postura de JAKOBS, la desvinculación de la protección de expectativas con el contenido de dichas expectativas es resaltado, entre otros, por BARATTA, en *CPC* 984, p. 534; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 257; VON HIRSCH y HÖRNLE, en *GA* 1995, p. 262.

²⁸⁷ MÜSSIG. *Rechtsgüterschutz*, p. 72.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 238. Afirmaciones similares en JAKOBS. AT 1/18: el fin del Derecho penal por él

No puede entrarse aquí en un desarrollo crítico de dicha caracterización del papel del intérprete jurídico. En cualquier caso, reiterando afirmaciones anteriores, debe concluirse afirmando lo siguiente. Por un lado, que resulta paradójico partir de la "confi-guración concreta de la sociedad" y al tiempo presumir un reconocimiento casi absoluto del Derecho por parte de los ciudadanos. Por otro lado, que, dejando aparte el hecho de considerar que la cuestión relativa al contenido de las normas jurídico-penales sí ha de ser objeto de la dogmática, ello es, en todo caso, obligado para los defensores de este fin de la pena, por cuanto el contenido de dichas normas tendrá relevancia directa sobre la corrección de sus premisas teóricas. En primer lugar, si, como el propio LESCH afirma, "la pena sólo se legitima a través de la propia legitimidad del orden para cuyo mantenimiento se pune"²⁸⁹, o si, como pone de manifiesto JAKOBS, la "culpabilidad material presupone normas legítimas"²⁹⁰, parece indudable que la discusión sobre la legitimidad de ese orden normativo condicionará la discusión sobre la legitimidad de los fines y fundamento de la pena. En segundo lugar, por el hecho de que, según los mismos presupuestos de esta concepción, la legitimación de las normas aportará la razón del respeto a las normas; así, según el grado de legitimación intersubjetiva habrá de establecerse el grado de aceptación de las mismas.

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

²⁸⁹ LESCH, en JA 1994, p. 599.

²⁹⁰ JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 386.

D. La prevención general negativa

Como se afirmó en la introducción a esta segunda parte, en la discusión actual sobre los fines de la pena sólo las concepciones relativas de la misma, dirigidas a la satisfacción de un fin social, son susceptibles de legitimación. Por ello, una vez estudiadas las diferentes versiones de la prevención general positiva, y excluida de antemano como *fundamento* de la pena la teoría de la resocialización, conviene que nos detengamos en la prevención general negativa. Esta teoría, fundada por FEUERBACH y que suele caracterizarse como el modelo "clásico" de la prevención general, concibe la pena no como un medio destinado a obtener un efecto psico-social inmediatamente "positivo", sino como un mecanismo meramente disuasor de la realización de conductas, basado en la intimidación bajo la amenaza de pena, en la "coacción psicológica", tal como la denominara su creador. Como suele decirse, mientras que la teoría de la prevención general positiva, al partir de la retribución, "es una teoría de la pena (impuesta)"²⁹¹, la teoría de la intimidación es primariamente una teoría de la conminación penal²⁹², sirviéndose para la satisfacción de su fin principalmente del momento preventivo de la amenaza penal abstracta, y viniendo destinado a confirmar o asegurar la seriedad de la amenaza: a manifestar que las amenazas se cumplen en caso de infracción de las normas²⁹³. Ello establece una primera característica diferenciadora respecto de la prevención general positiva, en el sentido de

²⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 232. En igual sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 271, y RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal*, p. 83; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 115.

²⁹² HAFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 74; NEUMANN y SCHROTH, *Neuere Theorien*, pp. 35 y 38; JAKOBS, *AT*, 1/27.

²⁹³ Entre otros muchos, puede verse ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 17; SCHMIDHAUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 77: la amenaza no coaccionará, si la pena nunca es impuesta y ejecutada; HASSEMER, *Einführung*, p. 309.

que la prevención general positiva –como heredera de la retribución– se sirve del momento represivo, reactivo, de la imposición concreta de pena –a partir de la idea directriz del *restablecimiento* de un *statu quo*–, frente a la prevención de intimidación, cuyo fin es exclusivamente la prevención de acciones futuras, por lo que el instrumento principal para llevar a cabo sus fines radica en el momento preventivo de la conminación penal abstracta. Conviene resaltar, además, que la atención que con FEUERBACH se pone en el momento conminatorio abstracto viene dada como consecuencia de la concepción ilustrada y liberal del hombre como ser racional y del Estado como instrumento al servicio de los individuos²⁹⁴, desde la cual se persigue fundamentar bajo criterios racionales e instrumentales el ejercicio del *ius puniendi*, adelantándose el momento preventivo desde la ejemplaridad simbólica del poder absoluto del Soberano con la ejecución pública y ceremonial del castigo a la pauta general y abstracta de disuasión de acciones basada en la racionalidad de los destinatarios²⁹⁵.

Por otra parte, el fin de intimidación como factor de motivación es lo que lleva a un sector doctrinal a asumir la amenaza de pena como único instrumento directivo de conductas²⁹⁶, dando así a entender que sólo por vía de amenaza cabe ejercer dicha finalidad motivacional. Pero ello, como ya se sugería con ocasión del fin de

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

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

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

la pena en JAKOBS y sus discípulos, no tiene necesariamente que ser así: el efecto de motivación para la acción –y como correctamente afirma SILVA SÁNCHEZ, defensor de la prevención de intimidación²⁹⁷– se produce por la norma jurídico-penal en su conjunto, entendida ésta como la unión de la norma de conducta en sí, que declara prohibida una acción (por lo que incluye una pauta valorativa), más la amenaza de pena; por lo que el acatamiento de la norma podrá producirse tanto motivado por el miedo o el saldo negativo de beneficios que supondría la acción delictiva, como por el respeto de la propia norma –y esto, a su vez, por diferentes motivos: consenso, internalización, etc.–²⁹⁸.

En este sentido, la identificación de efecto directivo de conductas y conminación penal abstracta implícito en esta teoría, si bien resalta un fin necesario para la protección efectiva de bienes jurídicos, el cual, como hemos visto, parece abandonarse o al menos relativizarse, en las teorías preventivo-generales vistas hasta ahora, debe rechazarse. Y deben calificarse *prima facie* de acertadas las críticas realizadas contra esta teoría relativas a que, al limitar la prevención al efecto disuasorio del miedo ante la amenaza de un mal, definen a la persona únicamente como “unser que actúa de acuerdo a motivaciones, instintos o fines particulares, pero no de acuerdo a valores”²⁹⁹.

Por otra parte, es indudable –e independientemente de que, como a continuación se expondrá, existen dos concepciones diferentes

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

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

299 Así, FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal*, p. 33.

de esta teoría, que conllevan, a su vez, dos formas diferentes de comprender a la persona—que la teoría de la intimidación toma al ciudadano exclusivamente como potencial delincuente, partiendo de la presunción del mismo como enemigo del Derecho³⁰⁰. No obstante, la connotación crítica de esta afirmación no debe llevarse al extremo. Es indudable, como ya fue expresado, que en un Derecho penal propio de un Estado democrático debe partirse *hasta cierto punto* de que los ciudadanos, por ser el Derecho expresión de su elección, de su consenso, mantendrán el respeto general hacia las normas, pero el Derecho penal como tal —no en vano un tosco mecanismo de organización social basado en un principio de *ultima ratio*—, como orden directivo de conductas, no puede dejar de considerar *también* a los ciudadanos como potenciales infractores de las normas; si no fuera así no tendría sentido la propia existencia del mismo, o, en todo caso, el empleo de un mecanismo tan contundente como la sanción penal. En efecto—y las siguientes consideraciones pueden servir como ulterior objeción al ya estudiado fin de protección de la vigencia de las normas—, si el Derecho penal sólo fuera dirigido a potenciales víctimas, sus normas no serían más que una instancia informadora de la atención que por el Estado se prestan a sus bienes jurídicos, y no tendría en absoluto sentido el carácter prescriptivo que desde siempre se ha atribuido a las normas jurídico-penales; carácter prescriptivo que sólo adquiere sentido tanto lógico como teleológico si la norma va dirigida a (la evitación de conductas por) hipotéticos infractores de las mismas. Y si la pena sólo fuera dirigida a potenciales víctimas no tendría sentido el carácter afflictivo que la caracteriza, sino que —como de hecho se reprocha a toda concepción meramente “expresiva” y simbólica de la pena, tanto a la de JAKOBS como a la de los partidarios del fin de restablecer la “comunidad ética”— bastaría un mero acto simbólico

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

de carácter público, sin el componente coactivo que conlleva la pena³⁰¹. Como ya se dijo, incluso un Derecho penal que persiga exclusivamente un fin de aseguramiento de expectativas necesita, como medio del mismo, un fin directivo de conductas y, si no quiere crear meras ilusiones de seguridad, un fin no meramente simbólico. En otras palabras, debe contemplar a los ciudadanos *también* como potenciales delincuentes. En este sentido, la prevención de intimidación podría erigirse como candidato a tal fin instrumental de apoyo a la finalidad simbólica de protección de expectativas. Ello habrá de considerarse a la hora de establecer una toma de postura. Antes, en cualquier caso, deben plantearse las concepciones que de la prevención general negativa han surgido en la doctrina jurídico-penal, así como las críticas de que han sido objeto.

En lo que viene denominándose prevención general negativa caben dos formas de entender el mecanismo conminatorio de la

301 Frente a la concepción de JAKOBS cfr.: MIR PUIG. *Función fundamentadora*, p. 138: “Si, como pretende JAKOBS, la función del Derecho penal fuera sólo la confirmación de la confianza en las normas y supusiera únicamente una reacción destinada a *poner de manifiesto* que sigue la vigencia de las expectativas, ¿por qué no habría de bastar con una declaración inequívoca al respecto? ¿Por qué es preciso imponer un mal, como pena, si ésta no busca la intimidación, sino sólo evitar posibles dudas acerca de la vigencia de la norma infringida?”. En el mismo sentido, SCHUMANN. *Positive Generalprävention*, p. 8; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 257; HORNLE Y VON HIRSCH, en GA 1995, p. 266; SCHÜNEMANN. *Sobre la crítica*, p. 92; MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, p. 67, afirmando que por ello la concepción de JAKOBS no es capaz por sí misma de legitimar la pena. Respecto de esta crítica, merecen citarse las manifestaciones que el nacionalsocialista DAHM. *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 10, hace respecto de la concepción simbólica de la pena por él defendida, cuyo fin es realzar la fuerza simbólica y la cohesión ética de la comunidad del pueblo, radio, de carteles públicos y emisiones cinematográficas y de la información inmediata en relativas a que “al mismo fin sirve la divulgación de la condena a través de la prensa y la radio, de carteles públicos y emisiones cinematográficas y de la información inmediata en pequeñas comunidades”. La cuestión es, en suma, que una teoría meramente simbólica de la pena no posee razones para justificar la necesidad de la pena. Respecto a críticas de idéntico signo frente a posiciones etizantes del ordenamiento jurídico y la comunidad, cfr. HART. *Law, Liberty and Morality*, p. 66; NINO. *Introducción*, p. 426; BETECON. *La justificación del castigo*, pp. 305 y 306.

pena. Una persigue la motivación en contra de la realización de delitos; otra persigue la motivación en contra del delito³⁰².

La primera concepción responde a la comprensión clásica de su creador. Partiendo del modelo antropológico citado del hombre como un ser racional, capaz de decidir sobre la dirección de su actuación en función del cálculo de los costes y beneficios que la misma reportaría, la amenaza de pena tiene el fin de intimidar por el temor del acaecimiento de un mal que será mayor que la satisfacción que pretende obtenerse del delito. Es, por tanto, una mera coerción externa, que apela a la razón del delincuente, y no a la conformación de su conciencia mediante la articulación de procesos inconscientemente inducidos³⁰³. Es decir, persigue una mera motivación en contra de la realización de acciones delictivas.

Frente a esta concepción, se da también otra que atribuye a la intimidación el fin de mayor calado de motivar en contra del delito en sí, mediante la conformación de las conciencias con arreglo a los valores representados en las normas. Pero ello no entendido como ratificación de la aceptación racional y dialogada de las normas a través de un previo pacto intersubjetivo, sino por medio de la internalización de valores a través de efectos irracionales e subconscientes: cercano, por ello, no a la protección de la validez normativa del Derecho sino a la función ético-social welzeliana, si bien derivado de diferentes premisas teórico-políticas. La proximidad funcional de la intimidación con el fin educacional y

³⁰² Tal es la caracterización que hace DE TOLEDO. *Sobre el concepto*, p. 274.

³⁰³ En la actualidad es mantenida esta concepción como fin justificador exclusivo de la pena (esto es, sin coordinarla con la prevención general positiva) por un sector doctrinal bastante reducido. Entre otros, HOERSTER, en GA 1970, pp. 272 y ss.; VANBERG. *Verbrechen*, pp. 1 y ss.; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, pp. 232 y ss., quien hace especial incidencia en la relación racional y externa entre individuo y norma. Con matices, DE TOLEDO. *Sobre el concepto*, pp. 274 y ss.

"configurador de las costumbres" ha sido puesta a menudo de manifiesto³⁰⁴, si bien su consolidación teórica responde a su fundamentación bajo el instrumental argumentativo de la psicología profunda, llevada a cabo por primera vez por GIMBERNAT³⁰⁵, para quien el psicoanálisis no sólo aporta una explicación, sino también una justificación racional del Derecho penal³⁰⁶, aun al precio de llevarse a cabo por medio de efectos irracionales para sus destinatarios. Como se ha dicho, desde esta perspectiva, la amenaza y la imposición de pena persiguen la evitación de acciones delictivas, pero ello no por la amenaza externa, sino, "de modo menos simple y más diferenciado que lo que afirmaba la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH"³⁰⁷, a través del reforzamiento de los "mecanismos inhibidores y represivos de las tendencias agresivas y antisociales"³⁰⁸ y de la conformación de su esquema de valores. Afirma así GIMBERNAT que "de la misma manera que la conciencia, el super-yo del niño se forma reaccionando con la privación del cariño (castigo) ante el comportamiento prohibido [...] mediante la introyección por el niño de esas exigencias y deseos que se le dirigen, así también la Sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir—creando miedos reales

³⁰⁴ Cfr. ANDENAES. *Punishment*, p. 35; HAFKE. *Tiefenpsychologie*, p. 63 y pássim; DE TOLEDO. *Sobre el concepto*, p. 207; VANBERG. *Verbrechen*, p. 28.

³⁰⁵ En *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?* (1970), pp. 140 y ss. (146 y ss.). Le sigue LUZÓN PEÑA. *Derecho penal y psicoanálisis*, p. 141. Que GIMBERNAT haya sido el primero en emplear el psicoanálisis para fundamentar esta tesis es reconocido por HAFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 64, nota 12. Como es sabido, del filón de la psicología profunda no sólo ha surgido esta teoría, sino también la que vimos basada en la satisfacción de los instintos agresivos de venganza a través del castigo al chivo expiatorio, y centrada, por tanto—y en oposición a la primera—en la imposición concreta de la pena; desde la cual, en cualquier caso, se pretendía también, como efecto *ulterior*, la internalización de valores. La diversa aplicación del psicoanálisis es resaltada por LUZÓN PEÑA. *Derecho penal y psicoanálisis*, p. 150.

³⁰⁶ GIMBERNAT ORDEIG. *¿Tiene un futuro...?*, p. 146; LUZÓN PEÑA. *Derecho penal y psicoanálisis*, p. 141.

³⁰⁷ *Ibid.*, pp. 142 y 143.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 145.

que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo— que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana”³⁰⁹.

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

No entraremos en la cuestión relativa a la viabilidad empírica de esta teoría. Ya vimos que sobre este punto nos movemos a partir de meros criterios de sentido común, y que, desde los mismos, tanto las teorías de la prevención general positiva como la teoría de la intimidación pueden superar el listón de la legitimación instrumental. Por el contrario, nos limitaremos a las objeciones de carácter normativo. La crítica más sólida desde un punto de vista ético es la derivada del primer imperativo categórico kantiano: la prevención de intimidación conlleva la utilización del individuo sobre quien se impone la pena como un medio para el fin de intimidar a la colectividad³¹⁰. Ciertamente, si esta crítica se asumiere en todas sus consecuencias llevaría a considerar inmoral la misma institución de la sanción pública³¹¹, pero no sólo en relación

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

310 Así, respecto de la prevención de intimidación, ROXIN. *Sinn und Grenzen*, p. 18; SCHMIDHAUSER. *Vom Sinn der Strafe*, p. 54; NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, p. 38; HASSEMER. *Einführung*, p. 316; GARCÍA-PABLOS. *Introducción*, p. 87; FEJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal*, p. 34.

311 Quizá por ello algunos autores parecen mostrar cierta resignación frente a dicha crítica, afirmando que la misma debe ser relativizada, porque de lo contrario una aplicación estricta de dicho imperativo categórico conllevaría la imposibilidad de exigir cualquier tipo de deber individual para con la sociedad. Así, ANDENAES. *Punishment*, p. 130; ROXIN. *Sinn und Grenzen*, pp. 10 y 19, quien además resalta el hecho de que las sanciones, en su justificación abstracta, están también para proteger a quien quebranta las normas, por lo que de ello se

al fin de intimidación, sino respecto de toda justificación relativa de la pena, es decir, basada en una justificación utilitarista³¹². De hecho, el primer imperativo kantiano es opuesto normalmente contra la propia doctrina ética utilitarista³¹³, cuyo carácter *consequentialista* preside la lógica preventiva de toda teoría de la pena que pretende la satisfacción de fines sociales. Así, también la prevención general positiva, en cualquiera de sus versiones, se sirve del individuo al que se impone la pena ya para estabilizar la conciencia ético-jurídica, ya para satisfacer instintos de venganza, ya para reafirmar la vigencia de la norma. A mi modo de ver, la objeción kantiana pesa como una losa sobre toda concepción consecuencialista de la pena, por lo que debe intentar establecerse medios para reducir en lo posible tal peso. Y ello sólo puede llevarse a cabo atendiendo a las garantías para el delincuente a quien la pena se impone, cuya ausencia en el caso de la prevención de intimidación es, en cualquier caso, también resaltada por sus detractores. Se afirma, así, que la prevención de intimidación aboca a una escalada punitiva inevitable, ya que la efectividad de la prevención exigirá penas más elevadas, tanto en la conminación abstracta como en la imposición concreta³¹⁴. En el mismo sentido,

genera una obligación de contribuir al mantenimiento general de esa protección. También tiende a esa relativización SCHMIDHAUSER. *Vom Sinn der Strafe*, p. 80, quien termina por rechazar la pretensión kantiana *strictu sensu*, por considerarla frontalmente opuesta con la única posibilidad de dar a la pena el sentido de necesidad para la protección de la colectividad.

312 En este sentido. HORSTER, en GA 1970, p. 279; id., en *Weinberger-F5*, p. 231; WOLFF, en *zstw* 97, 1985, p. 803; FLETCHER, en *zstw* 101, 1989, pp. 808 y 809; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 255. “Si la prevención de intimidación es criticada porque supone una instrumentación del individuo, la prevención general positiva de JAKOBS no hace sino empeorar las cosas”; H.-J. ORTO. *Generalprävention*, pp. 256 y ss.; ROXIN. *AT* 19/33, también respecto de la concepción de la culpabilidad en JAKOBS; HÖRNLE y VON HIRSCH, en GA 1995, p. 263.

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

314 Críticas respecto del “terror penal” inherente a la prevención de intimidación pueden

se objeta que la prevención general de intimidación carece de límites en lo tocante al aspecto *distributivo* de la punición, ya que según su propia lógica nada obstaría a punir a inocentes o inimputables si ello elevara el efecto intimidatorio³¹⁵. Se concluye, en suma, afirmando que "la prevención negativa no es respetuosa con el principio de culpabilidad"³¹⁶, por ello esta teoría, "si no se vincula al principio de proporcionalidad resulta insoportable"³¹⁷.

A mi modo de ver, estas críticas pueden resultar acertadas respecto de las concepciones que pretenden prescindir de toda referencia a la culpabilidad como criterio limitador del *ius puniendi*, y obtener criterios correctores dentro de la propia lógica utilitarista³¹⁸, pero no respecto de la prevención de intimidación en sí como mero fin de la pena, el cual puede ser compatible con la atención a criterios garantísticos de proporcionalidad. A este respecto, me parece acertada la opinión de SILVA SÁNCHEZ, cuando afirma que "el problema de la legitimación axiológica de la prevención general (negativa) como teoría del Derecho penal sólo puede resolverse si se tiene presente que la legitimación no la posee en sí misma, sino en su relación dialéctica con los demás fines del Derecho penal"³¹⁹. Esta tendencia resulta, no obstante, contraria a la dirección tomada por la actual prevención general positiva. Característica de la misma, desarrollada al amparo de la teoría de la retribución, es el

verse, entre otros, en ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 9; DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 208; NEUMANN y SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 36; HASSEMER, *Einführung*, p. 309; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 85; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 276 y 279; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 34.

³¹⁵ La ausencia de límites es puesta de relevancia, entre otros, por HART, *Prolegomenon*, p. 19; DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 209; FLETCHER, en *zsfw* 101, 1989, p. 808; HASSEMER, *Einführung*, p. 310; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 148 y ss.

³¹⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 34.

³¹⁷ HASSEMER, *Einführung*, p. 310.

³¹⁸ Tal es la concepción de GIMBERNAT y LUZÓN PENA. Cfr., especialmente, LUZÓN PENA, *Medición de la pena*, pp. 26 y pássim.

³¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 216.

haber nacido orientada hacia la pretensión de erigirse en una superación de las clásicas antinomias de la pena³²⁰, en tanto en cuanto operan como una teoría unitaria no sólo de la pena, sino del Derecho penal, incluyéndose además los presupuestos de la culpabilidad como necesidades derivadas de su propia lógica argumental, afirmando, como vimos, que la pena adecuada a la culpabilidad (y sólo ésta) produce efectos preventivos.

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

Y respecto a la crítica relativa al "terror penal" a que puede abocar la prevención de intimidación, sus defensores suelen replicar, por una parte, que, como parece haberse demostrado, no es tanto la severidad de la pena como la certeza de ser descubierto lo que producirá dicha intimidación, por lo que no será preciso para ello el establecimiento de penas draconianas³²¹. Por otra parte, se afirma también que, de hecho, la prevención de intimidación

³²⁰ Así, CALLIES, en *NJW* 1989, p. 1339; PÉREZ MANZANO, *Aportaciones de la prevención general positiva*, pp. 73 a 75; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 38. Sobre antecedentes a la relación entre culpabilidad y prevención, cfr. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 30 y ss.

³²¹ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 219.

precisará de menor cantidad de pena para satisfacer sus fines de lo que precisaría la prevención general positiva³²². Por ejemplo, apenas puede dudarse que la satisfacción de las exigencias de venganza por parte de la opinión pública en algunos casos implicará una mayor necesidad de pena que para el fin de confirmación de la seriedad de la amenaza.

Antes de concluir con las consideraciones dirigidas a la prevención de intimidación, conviene retomar una perspectiva crítica que sólo quedó mencionada. Como hemos visto, numerosos autores han manifestado sus reservas respecto del modelo antropológico en que se sostiene la prevención de intimidación "racionalista"; críticas dirigidas en su mayoría en relación a su corrección psicológica, empírica. No obstante, algunas de esas críticas conllevan asimismo cierto componente normativo, desde el cual se objeta el hecho de que este fin de la pena tome a los hombres como meros egoístas racionales, capaces de actuar sólo motivados en función de su propio beneficio o daño, y no —como vimos que algún autor afirmaba— de acuerdo a valores o compromisos de más largo alcance³²³. Así podría interpretarse, por ejemplo, la clásica objeción hegeliana del perro y el palo; objeción que hoy, más prosaicamente, es reiterada afirmando que ese modelo de persona no puede ser admitido en un Estado democrático que respete la dignidad de los ciudadanos³²⁴.

³²² Así, por ejemplo, LUZÓN PEÑA. *Prevención general*, p. 149; ZUGALDÍA ESPINAR. *Fundamentos*, p. 78. Si bien el primer autor, en su trabajo, *Medición de la pena*, p. 35, afirma que entre ambas teorías se dará una equivalencia en relación al límite máximo de pena: lo necesario para la intimidación será lo necesario para el "prevalecimiento del Derecho", en referencia a la concepción de ROXIN.

³²³ Críticas valorativas a dicha concepción del hombre, por ejemplo, en WOLFF, en *zstfW* 97, 1985, p. 792; HERZOG. *Prävention des Unrechts*, pp. 42 y ss.

³²⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal*, p. 33; similar LESCH, en *JA* 1994, p. 517.

Como ya adelanté, comparto la idea de que el Estado —y el Derecho penal, entonces— no puede tratar a las personas *sólo* como meros enemigos del Derecho; es decir, partiendo de la presunción contra el ciudadano de que, a menos que contra ellos se establezcan intencionales barreras coercitivas, su inclinación natural será la de atentar contra los intereses de los demás; por el contrario, en un Estado democrático ha de elaborarse sobre la premisa de que existirá un cierto margen de respeto a las normas, dada su génesis consensual. Ello implica que el ciudadano sí ha de ser *también* tratado como un ser capaz de orientarse en torno a valores. Y ello porque dentro de la propia noción de democracia late no sólo ese pacto intersubjetivo, sino también cierto grado de compromiso respecto al mismo; presupuesto que es desatendido desde la prevención de intimidación. En este sentido, puede establecerse un paralelismo teórico entre la prevención negativa y la concepción hobbesiana del Estado. Así, también para el liberal pero no demócrata HOBBS el modelo de persona que participa en el contrato social es un ser individualista y autointeresado³²⁵, movido exclusivamente por una razón *estratégica* dirigida a incrementar su beneficio *inmediato* aun frente a los intereses de los demás. Por ello, el único modo de establecer un orden de paz y seguridad, motivo para el que el Estado se crea, es otorgar al Leviatán un poder absoluto e ilimitado, legitimándose su actuación posterior únicamente en función de ese poder constituyente que sanciona el contrato social. En palabras de VALLESPÍN, la finalidad básica del poder estatal en HOBBS es "obligar 'por el terror que ese poder y esa fuerza pro-

³²⁵ Cfr., por ejemplo, KOLLER, en *Weinberger-FS*, p. 251, quien caracteriza al modelo de persona precisamente como un *homo oeconomicus*. Cfr. también VALLESPÍN. *Historia de la teoría política*, p. 298, quien resalta que el liberalismo de HOBBS ha de entenderse en el "sentido del liberalismo —o mejor, individualismo— económico"; CORTINA. *Ética sin moral*, pp. 279 y 280; HABERMAS. *"Razonable" versus "verdadero"*, p. 153. "Hobbes quiso reducir la razón práctica a razón instrumental [...] El contrato social se propone como un procedimiento para el que basta el autointerés ilustrado de los participantes".

ducen' a que se mantenga la paz interna". Y para obtener eficazmente ese fin, "una vez 'autorizado', el Estado dispone ya de un poder irrevocable capaz de protegerse automáticamente frente a posibles intentos por parte de los contratantes para recuperar los derechos a él enajenados. Lo que importa es que los súbditos se sometan a la discrecionalidad del Estado"³²⁶. Pues bien, ese modelo hobbesiano no puede ser, a mi juicio, el que impere en la actual comprensión del Estado. Con razón se ha puesto de manifiesto, precisamente respecto de la prevención de intimidación, que "únicamente con egoístas racionales, que en cada situación calculan sus posibles beneficios y actúan en consecuencia, no puede formarse un Estado de Derecho y, por ello, tampoco un Derecho penal propio de un Estado de Derecho"³²⁷. Y si no ha de ser esa la comprensión del Estado actual, tampoco puede ser ese exclusivamente el modelo de persona al que el Estado se ciña para orientar su actividad, lo que, en lo tocante a los fines de la pena, significa que no puede ser la prevención de intimidación el único *telos* que legitime al Derecho penal, ni tampoco a la pena. Como acabamos de decir, esta teoría desatiende el componente de cooperación que subyace al Estado democrático. Ello queda patente en el hecho de que las razones para la acción, la motivación, a que esta teoría se dirige, son independientes del contenido de las normas y de la legitimidad procedimental de su emanación, ya que es sólo la amenaza de pena la que realiza dicho efecto motivatorio³²⁸, sin que en ello intervenga la validez del propio contenido de la norma.

³²⁶ VALLESPÍN. *Historia de la teoría política*, pp. 290 y 291; entrecorridos en el original. Si bien este autor resalta que en la comprensión de HOBES "la obligación de obediencia de los súbditos cesa desde el momento en que éste es incapaz de protegerlos" (p. 297).

³²⁷ KUHLEN, en GA 1994, p. 364. En un sentido similar, BAURMANN. *Der Markt der Tugend*, pp. 273 y 274; id. *El mercado de la virtud*, pp. 45 y 46, y 100 y ss.

³²⁸ HAFKE. *Tiefenpsychologie*, p. 82: "La prevención de intimidación ni describe ni legitima el orden valorativo social, sino que lo presupone [...] es, en este sentido, una concepción *formal*, ya que excluye la cuestión de respecto a qué se intimida"; FERRAOLI. *Derecho y razón*, p. 277.

Pero, si como habíamos dicho, característico del mismo es el reconocimiento consensuado de las normas por los ciudadanos; y ese criterio de legitimación es, a su vez, y por estar basado en la *autolegislación* de los individuos, un factor de motivación de las normas; entonces el propio contenido de las disposiciones normativas, o el grado de legitimación consensual, operará como razón del acatamiento. Por ello, al no incluir este aspecto, la teoría de la prevención de intimidación no abarca la especificidad propia de un Derecho democrático, por lo que no puede, *por sí sola*, erigirse en fin legitimador de la pena.

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

dignidad del individuo. Y, segundo, el Estado *debe* tratar al ciudadano como *ser autointeresado* porque en la propia concepción del Estado liberal y democrático se halla dicha comprensión del hombre, ya que aquél, a diferencia de las concepciones sustancialistas y etizantes del mismo, no es otra cosa que un instrumento, un artificio creado por y para satisfacer y proteger los intereses individuales³²⁹. Como algún autor ha afirmado, sólo la predominancia del individualismo –frente al organicismo– permite la justificación del principialismo, es decir, una fundamentación deontológica de las garantías individuales opuestas a la inercia de satisfacción de los intereses de la colectividad, propia del ejercicio del *ius puniendi*³³⁰. Falta por mencionar, en cualquier caso, un tercer atributo propio de la noción de persona que estamos tratando, el cual se deriva asimismo de otra connotación de dicho autointerés: *egoísmo*³³¹. Dicho atributo puede no concebirse como una categoría normativa, es decir, como algo positivamente valorado. Por el contrario, la atención al mismo pertenece a la argumentación de lo fáctico³³²: el

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

330 SILVA SÁNCHEZ. *Política criminal*, p. 20.

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

332 En todo caso, la noción del egoísmo como algo no valorado positivamente viene dada sólo en tanto en cuanto el egoísta, para satisfacer sus intereses, se sirva del ámbito de intereses de los demás; es decir, la noción de egoísta en Derecho penal, como quien vulnera las normas con el fin de obtener un beneficio del ámbito de libertad sustraído a un tercero; no necesariamente, en cambio, tomado en sí como atributo inherente a la persona. Como afirma GAUTHIER. Ob. cit., p. 68, sólo “cuando se coloca al egoísta –que en solitario supera la prueba de la racionalidad– junto a otros egoístas, en una interacción en la que cada cual trata de maximizar su propia felicidad, entonces se presentan fundadas razones para cuestionar la racionalidad del egoísmo”. Sobre la noción de “hombre económico” como modelo de actuación en el ámbito de la sociología jurídica, cfr. BAURMANN. *El mercado de la*

Derecho penal debe contar con el hecho de que los ciudadanos (o algunos de ellos) actúan según pautas egoístas. Y hemos afirmado que el Derecho penal está abocado a hallar un equilibrio entre la normatividad y la facticidad³³³. Si bien es cierto que, parafraseando a KANT, el orden social no podría existir en una sociedad de demonios³³⁴, tampoco en una sociedad de ángeles tendría razón de ser el Derecho penal para mantener ese orden social. Por ello, dada la innegable realidad de que los hombres no siempre actúan desinteresadamente, de que movidos por su egoísmo tenderán a lesionar los intereses de los demás, que es lo que justifica la necesidad del Derecho penal, éste *debe* (esta vez en el sentido de: no tiene más remedio que) tratar a los individuos, *hasta cierto punto*, como egoístas: como potenciales delincuentes, y como egoístas racionales, que organizan su conducta de acuerdo a pautas de perjuicios y satisfacciones –y ello porque, siendo preciso entonces un fin disuasorio de conductas, es este tratamiento más respetuoso de la dignidad personal que la concepción del hombre como “ser pulsional”–, por lo que habrán de oponerse contramotivaciones externas frente a ese tipo de personas. En este sentido, el Derecho penal *debe* (comprendido, esta vez, como imposición normativa) oponer ciertas barreras contramotivatorias a dicha clase de individuos, para proteger a los propios individuos de lesiones a sus intereses. Además, para los mismos ciudadanos respetuosos del Derecho, condición de dicho respeto será que los demás acaten, a su vez, las normas. Respecto a los fines de la pena ello significa que la preven-

virtud, pp. 46 y ss.; sobre ese modelo de decisión racional en el ámbito de la economía, del que proviene, puede verse, SEN. *Sobre ética y economía*, pp. 34 y ss.; y en general, sobre las distintas acepciones del egoísmo, cfr. BAIER. *El egoísmo*, pp. 281 y ss.

333 En un sentido similar, y referido también a la imagen del hombre en el Derecho penal, afirma TOSIO, en *REDUC* 11, 1983, p. 669, que para el Derecho penal “la imagen del hombre ha de nutrirse de las ciencias empíricas y los presupuestos del Estado social de Derecho”.

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

ción de intimidación, en su versión racionalista, única legítima, si bien no puede ser el único fin legítimo de la sanción penal, no puede tampoco desaparecer del todo del telos que justifica la misma.

II. BASES DE UNA TEORÍA LIBERAL DEL DERECHO PENAL

A. Liberalismo vs. comunitarismo

1. Introducción

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

cierta relación, como luego veremos, no implica que tenga que darse una correspondencia estricta entre el comunitarismo y el modelo de la protección del ordenamiento, por un lado, y el liberalismo y la protección de bienes jurídicos, por otro. Por poner un solo ejemplo, la concepción de JAKOBS parte, al menos como aquí se entiende, de presupuestos liberales, y es, sin embargo, el mayor representante actual del modelo de la protección del ordenamiento.

Consecuentemente, para tomar una postura personal respecto a la fundamentación y el fin del Derecho penal parece preciso optar, ya que ese ha sido el hilo conductor de la anterior exposición, por una de las alternativas: liberalismo o comunitarismo. Dicho debate, si bien, como hemos visto, tiene su origen en ilustres y lejanos antecedentes, los cuales han marcado dos líneas de pensamiento político y moral que han concurrido constantes y paralelas a lo largo de la evolución teórica de dichos ámbitos, ha resurgido con nuevos bríos en el actual foro de discusión, adquiriendo notable profundización y complejidad³³⁵. Dado este hecho, un tratamiento en profundidad de los diferentes puntos de la discusión excedería el marco de este trabajo. En cualquier caso, sus líneas esenciales

³³⁵ El inicio del actual "debate entre comunitaristas y liberales" tiene su origen en la reacción de un buen número de pensadores (SANDEL, TAYLOR, MACINTYRE, WALZER, UNGER o ETZIONI, entre otros) ante la publicación, en 1971, de la obra de JOHN RAWLS *Teoría de la justicia*, crítica que retoma en sus casi exactos términos la reacción hegeliana, de cuyos presupuestos se sirven los comunitaristas, al sistema de razón práctica procedimental y universalista kantiano, en el que se apoya la construcción de RAWLS del contrato social. Sobre el origen de gran parte del actual debate entre comunitarismo y liberalismo, tanto en su vertiente epistémica como política, cfr., por ejemplo, THIEBAUT. *Los límites de la comunidad*, pp. 19 y ss., 36 y ss., 177 y ss. y pássim; CORTINA. *Ética sin moral*, p. 119. Sobre este debate, en su vertiente actual, cfr., entre otros muchos y citando sólo libros monográficos, además de las obras acabadas de citar, THIEBAUT. *Vindicación del ciudadano*; la obra colectiva *Comunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen modernen Gesellschaften*, editada por HONNETH; FORST. *Kontexte der Gerechtigkeit*; MULHALL y SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*. Otras obras relacionadas serán citadas en las notas inmediatamente posteriores.

son las que han sido ya expuestas con ocasión de la exposición de los fines de la pena³³⁶; por ello, a continuación daré prioridad expositiva a los aspectos esenciales de la alternativa liberal, opción, como el propio título del epígrafe sugiere, elegida aquí para fundar la legitimidad del Derecho penal, y sólo al hilo de la misma serán resaltadas algunas *reacciones* comunitaristas a la misma. A la luz de los presupuestos políticos del liberalismo se establecerá, a continuación, la crítica a las teorías de la pena antes expuestas, y desde los mismos se intentará dar una visión de conjunto de los fines que debe perseguir el Derecho penal actual.

2. Liberalismo político frente a comunitarismo

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

Puede afirmarse, de modo general, que el *liberalismo político* se conforma, como su propio nombre viene a indicar, en torno a una premisa esencial: la libertad individual. Libertad que ha de ser entendida en dos sentidos: por un lado, como "libertad negativa"; por otro, como "libertad positiva"³³⁷.

La libertad *negativa*, según la noción acuñada por BERLIN, responde a la cuestión de "cuál es el ámbito en que al sujeto se le deja o

³³⁶ Conviene resaltar que dicho debate no ha sido objeto de demasiada atención dentro de la literatura jurídico-penal actual. Por lo que acierto a ver, tan solo JAKOBS, en *zstw* 107, 1995, p. 850; KINDHAUSER, *zstw* 107 (1995), p. 709; WITTIG, en *ibid.*, pp. 251 y ss. (uno de los escasos intentos de aproximación a la teoría de RAWLS desde la óptica del Derecho penal) y, más recientemente, MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprávention*, pp. 229 y ss. han hecho mención tangencial de él. Respecto a la relación entre el Derecho penal y dicho debate, merece citarse la premonición de KINDHAUSER de que "será sólo cuestión de tiempo el que una aplicación de sus formulaciones entre en el Derecho penal" (*ob. cit.*).

³³⁷ Cfr., sobre estos dos términos, BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, pp. 187 y ss. Nociones similares son las de autonomía privada y autonomía pública, empleadas, entre otros, por RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, pp. 55 y ss.; HABERMAS, *Reconciliation*, pp. 64 y 65.

se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfirieran otras personas"³³⁸. Según el liberalismo, todo individuo, en cuanto persona, posee un marco propio de libertad sobre el cual ni terceras personas ni el Estado pueden interferir, marco que termina donde comienza el único motivo justificado terceras personas. En consecuencia, el único motivo justificado por el que el Estado puede restringir la libertad es para proteger la libertad de los demás. El criterio rector para la criminalización de conductas responde, entonces, al clásico principio del daño a los intereses de los demás (*harm to others*)³³⁹. De esa libertad negativa surge la *prioridad de los derechos individuales* sobre cualquier pretensión colectiva de bien común y sobre cualquier decisión por mayoría³⁴⁰; así como el principio de respeto a la *autonomía privada* del individuo. En este sentido, el conjunto de derechos individuales mutuamente reconocidos opera como un límite irrebutable a la actuación de los demás y del Estado y, a su vez, establece los márgenes a que la actuación de cada uno debe orientarse³⁴¹. Y el principio de autonomía privada o moral garantiza al individuo la libertad necesaria para perseguir sus propios fines y para desarrollar sus proyectos de vida moral sin intromisión ni imposición

³³⁸ BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, p. 191.

³³⁹ Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, p. 68: "Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral no es justificación suficiente"; VON HUMBOLDT, *Los límites*, p. 21: "Es reproachable todo intento del Estado para inmiscuirse en los asuntos privados de los ciudadanos, siempre que éstos no se refieran directamente a la lesión de los derechos de uno por el otro". Cfr. asimismo, NINO, *Introducción*, p. 420, vinculando ese principio a la idea de neutralidad estatal, que veremos más adelante.

³⁴⁰ Por ejemplo, RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 19 y 20; ID., *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 65; ID., *Consenso por superposición*, p. 78; LARMORE, *Politischer Liberalismus*, pp. 131 y 132; NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 35 y 261; TAYLOR, *Atomismo*, p. 107; THEBAUT, *Vindication del ciudadano*, pp. 39 y 40.

³⁴¹ HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 147: "Fijan los límites dentro de los que un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad"; NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 261.

exterior, así como para disentar libremente de la moral dominante³⁴². Así, el liberalismo político asume el respeto a la orientación moral y a los planes de vida de cada individuo, e impone, por ello, a los poderes públicos una exigencia de *neutralidad* respecto de las convicciones morales y religiosas de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, el Estado no está legitimado para intervenir en la conformación de las convicciones morales de sus súbditos, fomentando una moral o una religión determinada, o imponiendo a todos los individuos las valoraciones morales de una mayoría³⁴³.

Con la preeminencia valorativa absoluta de la libertad negativa, de los intereses del individuo frente a los de la colectividad, el liberalismo político plasma las dos aspiraciones esenciales que originaron su existencia y desarrollo en la época de la Ilustración³⁴⁴. Por un lado, las guerras religiosas que arrasaron Europa tras la Reforma llevaron al convencimiento de que los individuos poseen convicciones morales y religiosas diferentes e irreconciliables, y que, por tanto, la convivencia pacífica sólo podría darse a partir de un principio de *tolerancia* que posibilitara y compatibilizara el establecimiento de un marco *mínimo* de entendimiento³⁴⁵ basado en ciertas normas esenciales dirigidas a la exclusiva protección

³⁴² En palabras de MILL. *Sobre la libertad*, pp. 71 y 72, es la "libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada".

³⁴³ Sobre la idea de la neutralidad en el liberalismo político cfr., entre otros, NINO. *Ética y derechos humanos*, pp. 204 y 205; LARMORE. *Politischer Liberalismus*, p. 133; FORST. *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 56 y ss.; MULHALL y SWIFT. *El individuo frente a la comunidad*, pp. 57, 61 y 62, 262 y pássim.

³⁴⁴ Sobre lo siguiente, cfr. LARMORE. *Politischer Liberalismus*, pp. 131 y ss. También HABERMAS. *Facticidad y validez*, pp. 535 y ss.

³⁴⁵ El carácter de regulación mínima del liberalismo político es resaltada por LARMORE. *Politischer Liberalismus*, p. 133; WOLF. *Verhütung oder Vегeltung?*, p. 36; HINSCH. *Einführung*, p. 29.

de los intereses individuales —que serían, por ello, susceptibles de ser acordadas voluntariamente por todos—, junto con el respeto al *pluralismo* de opiniones y convicciones sobre creencias particulares sobre lo bueno y la virtud moral. Ello, en el ámbito de lo jurídico, llevaría a una estricta separación entre el Derecho y la moral, desvinculando, de una parte, de la agenda de trabajo del Legislador lo que son las posiciones particulares respecto de la moral y exigiendo, de otra, una protección de la libertad de conciencia por parte de los poderes públicos. Por otro lado, como segunda aspiración fundamental del primer liberalismo, los desmanes del poder absoluto y la ilimitada coacción estatal fueron elevando al primer rango de prioridades políticas la exigencia de someter a ciertos márgenes de actuación a la potestad del soberano, imponiéndole el respeto de una serie de *garantías* individuales que el Leviatán no podía vulnerar sin infringir las condiciones del pacto y, por ello, sin deslegitimarse a sí mismo³⁴⁶. En este sentido, los derechos individuales han de entenderse no sólo como restricciones frente a otros individuos, sino que su carácter inalienable configura también un *derecho de defensa* frente a las intervenciones ilegítimas del Estado³⁴⁷. Como afirma HABERMAS, "el liberalismo político o de Estado de Derecho parte de la intuición de que el individuo y su forma de vida individual tienen que ser protegidos frente a las intrusiones del poder del Estado"³⁴⁸.

³⁴⁶ Cfr. BECCARIA. *De los delitos y las penas*, p. 45.

³⁴⁷ Así, HABERMAS. *Facticidad y validez*, pp. 142 y 323, citando a BOCKENFÖRDE: "En esos derechos fundamentales interpretados como derechos de defensa, no es la libertad del uno la que es tenida por compatible con la del otro en general conforme a una ley general de la libertad, sino la libertad del ciudadano individual con la del Estado". En idéntico sentido, ya BENTHAM estimaba que "la libertad personal es la seguridad contra cierto tipo de injerencias contra la persona. Y la llamada libertad política es otra rama de la seguridad, la seguridad contra la injusticia de los detentadores del poder público" (citado por MORENO. *La teoría del Derecho en Bentham*, p. 327). Cfr. también ROXIN. *Sinn und Grenzen*, p. 21, quien habla de un derecho de defensa frente al poder estatal exigido desde el principio de culpabilidad e inferido desde el principio de la dignidad humana.

³⁴⁸ HABERMAS. "Razonable" versus "verdadero", p. 179.

El segundo pilar del liberalismo político es la otra vertiente citada de la libertad individual: la libertad positiva. Si la libertad negativa viene referida a lo que es el ámbito que ha de tener el control externo sobre la libertad del individuo, la libertad positiva se entiende dirigida hacia el origen de ese control, hacia la pregunta de "por quién estoy gobernado" o "quién tiene que decir lo que yo tengo y lo que no tengo que ser o hacer"³⁴⁹. Respecto de dicha cuestión, en el liberalismo político la libertad positiva encarna la idea de que en una sociedad liberal el individuo es *políticamente autónomo*, es decir, que es el propio individuo quien ha de establecer las leyes a que va a someterse. Dicho *principio democrático* forma parte sustancial, por tanto, del acervo del liberalismo. Ello ha de tener notables consecuencias respecto de la legitimación del Derecho en un Estado democrático, el cual no puede sino partir de "un legislador político por el que la legitimidad de la legislación se explique mediante un procedimiento democrático que asegure la autonomía política de los ciudadanos. Los ciudadanos son políticamente autónomos, así, sólo cuando pueden entenderse a sí mismos conjuntamente como autores de aquellas leyes a las que se someten como destinatarios"³⁵⁰.

Ambas libertades están intrínsecamente relacionadas. Entonces, la exigencia de neutralidad estatal, motivada por el respeto a la autonomía privada, implica que, dada la renuncia expresa a la fundamentación y legitimación apriorística del Estado y sus normas y principios basada en instancias supraindividuales, religiosas o metafísicas, ha de establecerse un criterio de legitimación basado en la razón individual y que, por ello, responda a los intereses de los individuos, únicos sujetos del Derecho en una sociedad laica y liberal³⁵¹. Los principios de justicia se establece-

³⁴⁹ Cfr. BERLIN. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, p. 200.

³⁵⁰ HABERMAS. *Reconciliación*, p. 69.

rán, así, *intersubjetivamente*, bajo un criterio *procedimental*, el cual, en aras de satisfacer los intereses de todos los afectados, habrá de responder a las exigencias de *imparcialidad*, *reciprocidad* y *generalidad*³⁵². Y, por otra parte, es precisamente la autonomía política, la exigencia de un procedimiento imparcial de consenso basado en la razón práctica, lo que permite fundamentar deontológicamente el principio de respeto a la autonomía privada y los derechos individuales. En cualquier caso, si es la autonomía pública lo que sanciona el respeto a esos principios, convirtiéndolos en derechos³⁵³, la autonomía moral viene implícita, a su vez, como condición para dicho procedimiento imparcial. Así, las exigencias de reciprocidad e imparcialidad sólo podrán darse bajo el substrato del previo *reconocimiento* entre los sujetos intervinientes en el pacto de igual capacidad de razón práctica y del mutuo respeto a su autonomía moral, así como al compromiso de orientar la decisión en el diálogo y no en la imposición por la fuerza³⁵⁴. En suma, en un liberalismo democrático, como es el actual, la autonomía privada y la pública operan en un mismo nivel de relevancia, implicándose mutuamente. Y como figura paradigmática de esa

³⁵¹ Cfr. SUÁREZ VILLEGAS. *¿Hay obligación moral...?*, p. 20: "Con ello, el peso de la autoridad se va a desplazar de lo 'objetivo' a lo 'intersubjetivo'".

³⁵² En este sentido, por todos, FÖRSTER. *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 57 y ss., 69, 78 y ss., quien extrae esa exigencia de un procedimiento justo del principio de neutralidad.

³⁵³ HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 159: "Los derechos del hombre fundados en la autonomía moral del individuo sólo cobran forma positiva mediante la autonomía política de los ciudadanos".

³⁵⁴ Similar, NINO. *Ética y derechos humanos*, p. 50; CORTINA. *Ética sin moral*, p. 270, quien basándose en gran medida en la ética comunicativa de Apel, resalta que el carácter autolegisador de los individuos implica ya una "actitud dialógica", la cual vendría dada en "cuantos reconocen en los demás individuos -como en ellos mismos- una capacidad legisladora, de modo que les consideran -como a sí mismos- interlocutores facultados a la hora de dialogar sobre las decisiones que les afectan y de tomar parte en ellas". A esas premisas responde también el principio de legitimación de HABERMAS. Cfr. HABERMAS. *Facticidad y validez*, pp. 154 y ss., y pássim. Asimismo, cfr. LAPORTA. *Entre el Derecho y la moral*, pp. 81 y 82; THIEBAUT. *Vindicación del ciudadano*, pp. 90, 91, 114 y ss. quienes resaltan el elemento del reconocimiento mutuo. En ello se incidirá posteriormente.

interacción entre ambas formas de libertad, la negativa y la positiva, aparece el *contrato social*³⁵⁵, desarrollado en la actualidad, entre otros, por la teoría de la justicia de JOHN RAWLS.

El contrato social no debe entenderse, como alguna vez se hizo, como un momento histórico por el que, saliendo de un estado de naturaleza, se conforma, accediendo a otorgar por cada individuo una parte de su libertad, la sociedad y el Estado³⁵⁶. Por el contrario, dicha figura ha de concebirse como un *criterio de legitimación de instituciones públicas*, consistente en un procedimiento de decisión imparcial bajo el que puede fundamentarse racionalmente que todos los intervinientes consentirían, bajo un acuerdo hipotético, en una serie de principios de justicia, por los cuales habrán de regirse los poderes públicos³⁵⁷.

El contrato social representa fielmente los presupuestos del liberalismo, por cuanto es un procedimiento de naturaleza *intersubjetiva* basado en la *autonomía* de cada individuo y que responde y satisface, por tanto, sus intereses esenciales: "Un contrato que cada individuo autónomo concluye con todos los demás individuos autónomos sólo puede tener por contenido algo que todos pueden racionalmente querer por ser interés de todos y cada uno.

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

356 RAWLS. *Teoría de la justicia*, p. 29.

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

Por esta vía sólo resultan aceptables aquellas regulaciones que pueden contar con el asentimiento no forzado de todos³⁵⁸. Por ello, y por cuanto esa figura puede entenderse como "una gran metáfora de la democracia"³⁵⁹, la exigencia de razonabilidad y justicia impresa en el contrato social puede servir como adecuado instrumento de legitimación y crítica del Derecho penal actual³⁶⁰.

Como se ha mencionado, con RAWLS se produce el renacimiento del neocontractualismo ético y político. El filósofo norteamericano idea un sofisticado procedimiento de decisión intersubjetiva con el cual establecer los criterios de justicia, destinados a regular la estructura básica de la sociedad³⁶¹, y a los que han de someterse las instituciones políticas de las sociedades actuales para ser legítimas³⁶². Según la concepción de la justicia de RAWLS, denominada

358 HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 578.

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

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

361 Cfr. RAWLS. *Consenso por superposición*, p. 65: "Llamo 'estructura básica' a las principales instituciones políticas, sociales y económicas de una sociedad y a la forma en que se ajustan formando un esquema unificado de cooperación social".

362 La concepción rawlsiana ha sido objeto de notables modificaciones, motivadas a su

"justicia como imparcialidad", los principios de la justicia serían los que elegirían personas autónomas y racionales, orientadas hacia su propio interés, en un consenso hipotético realizado en una situación de igualdad³⁶³. Para establecer esa situación, RAWLS recurre a una imagen ficticia llamada "posición original", en la que ubica a los sujetos que intervienen en el pacto. En ella, los participantes están situados tras un "velo de ignorancia", con el que se limitan los conocimientos de determinados aspectos de la realidad: la posición o *status* social que ocupan, su inteligencia o fortaleza, y demás circunstancias que establecen ventajas y desventajas entre los sujetos. Además, tampoco conocen cuál es su particular concepción de lo bueno, es decir, sus creencias particulares respecto al modo de orientar moralmente sus vidas³⁶⁴. Como elementos de decisión, las partes sólo conocen las bases esenciales de la organización social y de la psicología humana, las "circunstancias de la justicia" —es decir, circunstancias que hacen de la cooperación social algo tanto posible como necesario: escasez de bienes, presencia de conflictos, etc.—³⁶⁵, así como, por último, la necesidad de una serie de bienes básicos para el desarrollo social y personal³⁶⁶. Esa ignorancia de las partes no es caprichosa, sino que persigue establecer el marco de igualdad necesario para que

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

³⁶³ RAWLS. *Teoría de la justicia*, p. 28.

³⁶⁴ *Ibid.*, pp. 29, 165 y 166.

³⁶⁵ *Ibid.*, pp. 152 y 164.

³⁶⁶ *Ibid.*, pp. 169 y 170. Estos bienes básicos son: libertad, oportunidades, renta, poder y autorrespeto.

la decisión de las partes responda a la exigencia de imparcialidad e igualdad en la decisión, de forma que todos puedan elegir partiendo de las mismas oportunidades y ninguno se sirva de sus ventajas naturales o sociales para influenciar la decisión³⁶⁷. Así, la ignorancia respecto de la posición social y los talentos naturales viene dada por la idea de igual consideración y respeto mutuamente reconocido entre las partes, así como por el presupuesto de la cooperación social en el que se enmarca todo el procedimiento de decisión intersubjetivo³⁶⁸; y el desconocimiento respecto de las concepciones del bien pretende representar el principio de autonomía moral y de neutralidad, según el que las partes, dado que están decidiendo sobre criterios de actuación públicos y políticos, intersubjetivos y no subjetivos, no elegirán a partir de opuestas e irreconciliables creencias morales y concepciones del mundo, sino que realizarán su elección a partir de un mismo criterio de racionalidad y, por tanto, sobre principios por todos compartibles³⁶⁹.

Es relevante resaltar el concepto de persona que emplea RAWLS. El liberalismo, como teoría basada en un individualismo normativo³⁷⁰, apoya gran parte de sus consideraciones en una determina-

³⁶⁷ *Ibid.*, pp. 37 y 164. Cfr. asimismo, RUBIO CARRACEDO. *Paradigmas de la política*, pp. 157 a 159; MULHALL y SWIFT. *El individuo frente a la comunidad*, p. 33.

³⁶⁸ RAWLS. *Teoría de la justicia*, p. 164. Así también DWORKIN. *Los derechos en serio*, pp. 272 y 273.

³⁶⁹ MULHALL y SWIFT. *El individuo frente a la comunidad*, pp. 34 y 35: "En el sistema rawlsiano lo que de verdad es importante no son las concepciones del bien que tienen las personas, sino lo que está detrás de ellas, es decir, su libertad para escoger sus propias concepciones del bien". En igual sentido, FOSTER. *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 43.

³⁷⁰ Así, NINO. *Ética y derechos humanos*, p. 248 quien lo define como la "concepción según la cual los únicos titulares de intereses cuya satisfacción constituye una justificación *prima facie* de una acción o medida y cuya frustración constituye [...] una descalificación *prima facie* de una acción o medida son los individuos humanos", y lo distingue de otras posibles concepciones del término, entre ellas la que puede denominarse *atomismo* o individualismo metodológico, la cual ha sido en ocasiones críticamente atribuida al liberalismo político por los comunitaristas y sobre la que luego volveré. A la noción de "individualismo

da noción de persona, caracterizada, en términos generales, por la autonomía, por una capacidad racional y reflexiva respecto a lo que le rodea, y por una orientación hacia el propio interés en sus acciones. Según la concepción rawlsiana, los sujetos que participan en el acuerdo se atribuyen mutuamente dos capacidades esenciales: lo *racional*, entendido como la capacidad de desarrollar, revisar y perseguir racionalmente su concepción sobre el bien, es decir, sobre las creencias y convicciones adquiridas; y lo *razonable*, entendido como la capacidad de reconocer y mantener términos equitativos de cooperación social y, por tanto, de comprometerse para el futuro respecto a lo decidido³⁷¹. El primer atributo expresa la reflexividad propia de sujetos autónomos y emancipados, capaces de someter a crítica los valores adquiridos en su desarrollo moral en sociedad; el segundo expresa la tendencia a la cooperación propia de quienes acceden a someter el conflicto de intereses inherente a la convivencia a la sanción de un acuerdo vinculante, condición que asegura la integridad del acuerdo tomado y confirman "que las partes pueden *confiar* mutuamente en que se entenderán y actuarán conforme a los principios que finalmente hayan convenido. Una vez que los principios son reconocidos por las partes pueden confiar en que todos se ajustarán a ellos", afirma RAWLS³⁷². Es interesante destacar, por lo que luego se dirá en relación con las formas de motivación respecto al acatamiento de las normas, que ambas capacidades se implican mutuamente: lo razonable es condición para el mantenimiento posterior de las condiciones pactadas, y, por tanto, para la satisfacción de los intereses individuales, pero sin lo racional tampoco el pacto será susceptible de estabilidad, puesto que condición para ello será que

normativo" se refiere también GAUTHIER. *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 162, vinculándolo al contractualismo político.

³⁷¹ Cfr. RAWLS. *Teoría de la justicia*, pp. 37 y 172; *ib.* *Sobre las libertades*, pp. 49 y ss.

³⁷² *ib.* *Teoría de la justicia*, p. 172; cursivas añadidas.

dicho pacto responda a lo racional, es decir, que satisfaga los intereses de las partes³⁷³.

RAWLS concluye por afirmar que un acuerdo sujeto a esas características abocaría al establecimiento de dos principios de justicia³⁷⁴:

1. *Libertad*: toda persona tiene igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales, que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos.
2. *Igualdad*: las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condiciones. Primero, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en las condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades; y, segundo, deben procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad³⁷⁵.

³⁷³ *ib.* *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 46. En similar sentido, RUBIO CARRACEDO. *Paradigmas de la política*, p. 203. También en este punto se han producido variaciones en la teoría rawlsiana. Así, mientras en su *Teoría de la justicia* parecía dar prioridad a lo racional, acercando su modelo al de la elección racional económica (cfr. p. 31), en obras posteriores ha venido resaltando el aspecto de lo *razonable*, como capacidad de tener un sentido de la justicia y de tender voluntariamente a la cooperación, siempre condicionada, en cualquier caso, y como se pone de relevancia en el texto, a la satisfacción de los intereses individuales por medio de esa cooperación. Cfr., sobre este cambio de orientación, por ejemplo, RAWLS. *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 52 y nota 20.

³⁷⁴ Conviene, si bien incidentalmente, resaltar que dichos principios, en rigor, no se *derivan* deductivamente del acuerdo tomado en la posición original; esta figura es, más bien, una ficción cognitiva con la que se pretenden representar ciertas intuiciones morales y políticas propias de una sociedad democrática liberal, por lo que los principios de justicia se presentan como la consecuencia racional a que la reconstrucción ideal de dicho modelo político llevaría. El contrato social, por tanto, no 'funda' esos principios sino que representa un constructo de decisión racional que da plausibilidad epistémica y fuerza legítima a los mismos. En este sentido, MULHALL y SWIFT. *El individuo frente a la comunidad*, p. 37; RUBIO CARRACEDO. *Paradigmas de la política*, pp. 229 y 230: "El fin de la posición original es someter nuestros juicios morales a la prueba de la intersubjetividad"; DWORKIN. *Los derechos en serio*, pp. 257 y 258, quien resalta que RAWLS "defiende los dos principios a través del contrato, más bien que a partir del contrato".

³⁷⁵ Se citan según la modificación de los mismos realizada por RAWLS. *Sobre las libertades*, p. 33, respecto de su formulación original en *Teoría de la justicia*, pp. 82, 598 y ss.

Ambos principios están, además, ordenados en un orden lexicográfico, lo que significa que el primero posee prioridad absoluta sobre el segundo, en el sentido de que no pueden violarse libertades individuales con el fin de satisfacer ventajas económicas y sociales. Por el contrario, "la prioridad de la libertad puede ser solamente restringida en favor de la libertad en sí misma"³⁷⁶.

Siguiendo la idea clásica del liberalismo, el Estado y la misma sociedad son entendidos por RAWLS no como fines o *præus* normativos, sino como bienes sociales de carácter instrumental, legítimos según resulten justos para los individuos, en el sentido de los dos principios de justicia citados. La sociedad es definida como una "empresa cooperativa justa entre ciudadanos libres e iguales para el beneficio mutuo"³⁷⁷. Y, según afirma, una sociedad establemente organizada de acuerdo a los dos principios de justicia, tenderá a la autorreproducción y continuidad de dicha estabilidad relativa, en la medida en que los intereses de los sujetos –vida económica y socialmente digna, respeto a la autonomía moral y fomento de la autonomía política, etc.– se verán relativamente satisfechos y que, por ello, se generará y asentará un compromiso voluntario y generalizado a la cooperación, de forma que las acciones que vulneren las 'reglas del juego' (delitos, por ejemplo) podrán ser asumidas sin necesidad de medios coactivos demasiado gravosos y sin peligro para la estabilidad del conjunto social³⁷⁸.

³⁷⁶ Cfr. RAWLS. *Teoría de la justicia*, p. 280.

³⁷⁷ *Ib.* *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 43.

³⁷⁸ Sobre el complejo problema de la estabilidad cfr. RAWLS. *Teoría de la justicia*, pp. 548 y ss.; 306 y 307. Cfr. también BAURMANN. *El mercado de la virtud*, pp. 229 y ss. Sobre ello habré de volver con posterioridad.

b. El concepto de persona

i. Sujeto vinculado vs. sujeto reflexivo. Concepto normativo de persona

La corriente que puede denominarse comunitarismo ha resurgido en los últimos años como una *reacción* a las tendencias liberales, en especial al neocontractualismo rawlsiano³⁷⁹. Sus críticas se dirigen tanto a aspectos normativos como metaéticos, sobre argumentos tanto epistemológicos o sociológicos como políticos, y dentro de las mismas pueden encontrarse posturas más y menos extremas, desde un comunitarismo fuerte y reaccionario –"sustancialista"–, heredero de presupuestos aristotélicos y hegelianos, hasta un "republicanismo cívico", seguidor de la estela de ROUSSEAU o TOQUEVILLE, que, sin renunciar a algunos de los presupuestos liberales, acentúa la necesidad de los vínculos comunitarios a través de la participación democrática³⁸⁰. En todo caso, en estas páginas no podremos dedicar una atención detallada a todas las ramificaciones y variaciones de la compleja evolución de esta línea de pensamiento político; por el contrario, habremos de limitarnos a presentar algunas de las objeciones –normalmente presentes, con mayor o menor virulencia, en ambos modelos de comu-

³⁷⁹ Merece ya en este lugar destacarse el componente de *reacción* que caracteriza el surgimiento del nuevo comunitarismo, por cuanto es dicha tendencia la que marcará sus líneas básicas de pensamiento: en un plano teórico porque surge frente a la reformulación del liberalismo político rawlsiano; en un plano epistemológico, porque niega o relativiza la capacidad racional y crítica de los individuos; en un plano histórico, porque sus planteamientos responden, en muchas ocasiones, a talantes premodernos, anteriores al proyecto normativo ilustrado; en un plano político, por cuanto, frente al progresismo pluralista de la Ilustración, supone, en general, una postura conservadora y, por tanto, reaccionaria.

³⁸⁰ La distinción del texto procede de S. BENHABIB. Sobre las diferencias entre ambos, cfr. FOSTER. *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 161 y ss.; T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 38. En la exposición siguiente nos centraremos en la primera de las corrientes doctrinales. Ello nos permitirá acentuar las diferencias con respecto a la alternativa liberal.

нитарismo— que se han lanzado contra el liberalismo político, centrándonos en las de carácter ético-político.

Entre ellas merece destacarse la relativa a la discusión en torno al concepto de *persona*. Desde las filas del comunitarismo se afirma que el individualismo en el que se apoya la postura liberal presenta una noción asocial y atomística del sujeto, separado de los vínculos sociales y valorativos en los que desde su nacimiento está inmerso. Asumiendo entonces un punto de vista radicalmente contextualista, se rechaza ese “yo sin atributos” y se opone un sujeto moral plenamente arraigado en su entorno social, cuya identidad y horizonte valorativo y afectivo se conforma a partir del conjunto de convicciones y tradiciones que rigen *de facto* en una comunidad determinada. Frente a la premisa de la razón reflexiva del liberalismo, los sujetos no eligen voluntariamente sus fines, sus concepciones respecto a cómo ha de orientarse su vida moral, sino que éstos son interiorizados por el sujeto. La persona no es anterior a sus fines, sino que son los fines morales los que conforman a la persona, los que la constituyen valorativamente³⁸¹. En suma, no es la voluntad de los individuos la que constituye la sociedad, sino que es la comunidad la que otorga la identidad a los individuos, así como el camino que marca el sentido de sus vidas. Desde esta perspectiva, se concluye entonces que una sociedad constituida en torno a principios deontológicos de justicia, de naturaleza formal y elegidos consensualmente, en vez de en torno a valoraciones morales

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

“densas” y compartidas *a priori*—es decir, una sociedad que parte de lo *correcto* frente a lo *bueno*— sería una sociedad de extraños, fragmentada y anómica, carente de vínculos intensos entre sus miembros y sin un fin común al que dirigirse, todo lo cual habría de llevarla, antes o después, a su disgregación³⁸².

La crítica comunitarista al concepto de persona ha sido con razón rechazada por el liberalismo, argumentando, en primer lugar, que en ella subyace una falacia naturalista —denominada “falacia comunitarista”³⁸³—, consistente en rechazar principios normativos como la prioridad de los derechos sobre el bien común o el respeto a la autonomía moral (deber ser) a partir de razonamientos sociológicos o psicológicos (ser). No obstante, también son puestos en duda esos mismos presupuestos de carácter fáctico. Los sujetos, según se viene a decir por el comunitarismo, no pueden alejarse de sus valoraciones adquiridas y contemplarlas críticamente, no poseen esa capacidad, sino que sus planes de vida se articulan en torno a lo asumido por su proceso de socialización, conformado por su situación en una comunidad. Frente a la autonomía, se opone la *identidad*. Frente a la emancipación crítica, se opone la tradición. En relación a dicha tesis, los liberales no tienen empacho en negar que, *de facto*, los procesos de socialización y aprendizaje de los sujetos se ven dirigidos por el cúmulo de valoraciones, tradiciones y afectos que imperan en la sociedad en la que su historia personal los sitúa; pero ello no implica que no puedan desarrollar también una conciencia *reflexiva y crítica* respecto de esos valores, una capacidad *racional*, en el sentido rawlsiano³⁸⁴.

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

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

384 WALZER. *Die kommunikativen Kritiken*, p. 167, afirma con razón que lo que el liberalismo

Los liberales sostienen que, dado el grado de complejidad alcanzado en la convivencia actual, en las sociedades modernas no puede sino asumirse el *hecho del pluralismo*³⁸⁵, en el sentido de que el individuo no está inmerso únicamente, por decirlo así, en una "comunidad ética", en un universo cerrado y compacto de convicciones morales, como parecen creer los comunitaristas, sino que en torno a él late un entramado de diversas, opuestas e irreconciliables comprensiones del mundo, realidad cuya complejidad es la que permite al individuo la ponderación de las mismas y la facultad de reflexión y disenso a lo dado³⁸⁶, así como la tendencia a la cooperación bajo el respeto a la tolerancia³⁸⁷. En este sentido, es perfectamente admisible asumir como un dato fáctico la capacidad del sujeto actual para poner en duda los valores imperantes en su entorno y para elegir cómo quiere dirigir su vida privada –lo racional–, así como la capacidad para la deliberación y para enta-

actual defiende no es un yo asocial o presocial, sino únicamente un yo capaz de ponderar críticamente los valores que su socialización le ha determinado. En el mismo sentido, THIEBAUT. *Los límites de la comunidad*, pp. 49 y 50; id. *Vindicación del ciudadano*, pp. 113 y ss.; FORST. *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 31 y 32; MULHALL y SWIFT. *El individuo frente a la comunidad*, p. 47; BAURMANN. *El mercado de la virtud*, p. 251.

385 LUHMANN. *Rechtssoziologie*, p. 91; RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 63; id. *Der Bereich des Politischen*, p. 334; HINSCH. *Einkleitung*, p. 22; HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 125; THIEBAUT. *Vindicación del ciudadano*, p. 51.

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

387 BAURMANN. *El mercado de la virtud*, p. 248.

blar cooperativamente un diálogo con sus interlocutores sociales respecto de los principios que, más allá de la diversidad de convicciones sobre lo *bueno*, puedan determinar lo que ha de ser *correcto* en la organización de la convivencia pública –lo *razonable*–.

Independientemente de la posibilidad fáctica de dicha conciencia crítica y reflexiva, la cual otorga plausibilidad epistémica a las tesis del liberalismo, debe ponerse de manifiesto, como ya se adelantó al mencionar la "falacia comunitarista", que las tesis ontológicas o sociológicas del comunitarismo respecto de la noción del sujeto en nada invalidan la postura *política* del liberalismo. Lo que éste afirma es que las instituciones públicas deben someterse a una serie de exigencias normativas, y el comunitarismo pretende rechazarlas a partir de presupuestos fácticos, no políticos. Así, del hecho de que los individuos se vean socializados a partir de unos valores concurrentes *de facto* en una sociedad, no ha de derivarse que hayan de ser esos los valores bajo los que deba orientarse la actividad *pública* de la sociedad, ni que esos valores dados, como en el pensamiento hegeliano, hayan de ser *per se* los valores correctos, sobre los que ordenar la convivencia³⁸⁸. Respecto al concepto de persona, desde ese plano normativo, el liberalismo puede admitir esa verdad de perogrullo del comunitarismo sin dejar de reconocer, *normativamente*, la autonomía moral y política de las personas³⁸⁹. Así, y sobre todo respecto de la crítica a la noción de *persona* empleada por RAWLS, debe resaltarse que dicho concepto de persona es un concepto *normativo*, "político y no metafísico"³⁹⁰. La concepción de la persona como sujeto ética

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

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

390 Así, RAWLS. *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 46, nota 15. En el mismo sentido, MULHALL y

(racional) y políticamente autónomo (razonable) pertenece al ámbito de argumentación de lo público, de lo intersubjetivo, y debe distinguirse de la noción fáctica de "sujeto moral" socializado en una serie de convicciones concretas, perteneciente al ámbito de lo privado, de lo subjetivo. Como ha sido puesto de manifiesto, la concepción de persona como moral y políticamente autónoma está basada en el *mutuo reconocimiento*, en la *atribución* recíproca de esa autonomía, lo que determina un concepto de persona de carácter normativo, propio del ámbito de la interacción pública³⁹¹.

ii. Persona como 'persona de Derecho' y el respeto a las normas

Como ya vimos, sobre la premisa del principio de la neutralidad, el liberalismo político no entra a argumentar sobre las particulares creencias morales, religiosas o filosóficas que conformen la identidad privada del individuo (por eso se resaltó que era un individualismo normativo y no ontológico o atomista). En este sentido, la noción de la *persona* pública, como sujeto autónomo, además de distinguirse del *sujeto* moral, como personalidad conformada por determinados valores, debe disgregarse en dos subconcepciones. Por un lado, a partir de la autonomía moral y la libertad negativa, la persona es "persona de Derecho", titular de derechos y deberes³⁹². Dicha noción es, como la de persona, un término normativo y abstracto, un *status* público moldeado en sus límites a partir del

SWIFT. *El individuo frente a la comunidad*, p. 257; HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 178, y nota 36; el mismo, *Reconciliación*, p. 69. Especialmente, FORST. *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 47 y ss.

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

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

ámbito de la libertad y responsabilidad que se le atribuyan. Como con razón afirma JAKOBS, "en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general-normativa"³⁹³. Es de esta concepción, entonces, de donde debe partirse para determinar el ámbito de imputación de responsabilidades jurídicas³⁹⁴, y, en general, es la que determina el trato que el Derecho debe otorgar a los individuos, tanto respecto a los criterios de motivación al acatamiento de las normas como a los efectos psico-sociales predicados de la pena. Pero, como se ha afirmado, la noción de "persona de Derecho" es abstracta, por lo que el trato del Derecho vendrá determinado por el grado de atribución de derechos y deberes, grado que será distinto según se parta de una postura liberal o una comunitarista. Desde la primera, en la que se establece una rígida separación entre el concepto jurídico de persona y el de sujeto moral, la noción de "persona de Derecho" es comprendida como una "envoltura de protección" que protege la libertad del sujeto para desarrollar y mantener una concepción privada del bien, así como para ponerla en duda y modificarla³⁹⁵, es decir, protege su autonomía moral³⁹⁶. En este sentido ha de entenderse la afirmación de LUHMANN ya citada de que la separación de Derecho y moral se convierte en condición de la libertad. Por el contrario, caracterís-

393 JAKOBS. *El principio de culpabilidad*, p. 387.

394 Cfr. RAWLS. *Teoría de la justicia*, p. 277: "El principio de libertad conduce al principio de responsabilidad".

395 FORST. *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 51.

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

tico de la postura comunitarista es precisamente la confusión entre Derecho y moral³⁹⁷, la (con)fusión en un sólo ámbito de la noción de sujeto: la persona jurídica viene conformada por la persona moral³⁹⁸. Respecto de la atribución de derechos y deberes, ello implica que éstos vendrán moldeados no desde la libertad y autonomía del individuo *frente* a las necesidades colectivas de integración y los valores dados, respectivamente, sino *desde* o *en función* de dichas necesidades y dichos valores. Si el liberalismo parte del principio de la *cooperación* entre ciudadanos libres e iguales, y en la prioridad de los derechos subjetivos, el comunitarismo parte de la *identificación* de los miembros con la comunidad, y, por tanto, de la prioridad del bien común, configurado como el mantenimiento de la identidad de la comunidad³⁹⁹. Por ello, si en los liberales lo que se exige a los destinatarios del Derecho es el respeto externo a sus normas basado en pautas racionales y razonables, cualesquiera sean las motivaciones internas que llevan a dicho respeto⁴⁰⁰, en los comunitaristas se exige una motivación y vinculación interna a los valores que dan sentido a la comunidad, diluyéndose la autonomía privada en la dependencia moral⁴⁰¹. Ya vimos con ocasión de la exposición de las

³⁹⁷ Ello es lo que nos permita, dentro del funcionalismo sociológico, desvincular a LUHMANN, como liberal, de las posturas de DURKHEIM o PARSONS, como comunitaristas. Ello, no obstante, únicamente en el ámbito de la autonomía moral y de la separación entre Derecho y moral.

³⁹⁸ Así, FORST. *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 145.

³⁹⁹ Así, TAYLOR. *Die Debatte*, p. 104; A. GUTMANN. *Die kommunitaristischen Kritikern*, p. 70 y nota 3; T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 51. También NINO. *Ética y derechos humanos*, p. 142: "La comunidad [...] no es un instrumento para la satisfacción de intereses individuales, sino algo que es constitutivo de esos intereses y aun de los propios individuos".

⁴⁰⁰ Así, desde una perspectiva liberal, HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 177: "El Derecho abstrae [...] el tipo de motivación y se conforma con que la acción se conforme a la regla, cualesquiera sean los motivos de esa conformidad". En igual sentido, GÜNTHER. *Möglichkeit einer diskursethischen Begründung*, p. 208.

⁴⁰¹ Cfr. las consideraciones críticas que realiza KINDHÄUSER, en *zstw*, 107, 1995, p. 711, de las consecuencias que extrae del comunitarismo en relación a la responsabilidad penal.

teorías de los fines de la pena que las corrientes que habíamos denominado "comunitaristas" exigían una vinculación con las normas del Derecho basada en la *fidelidad*, entendida como una actitud interna de identificación con los valores del Derecho de la comunidad. Ello es reiterado por los comunitaristas actuales, plasmando como virtudes exigibles a los miembros de la comunidad los tres supervalores que según HARDWIG debían asumir éstos: el respeto a la comunidad misma como el más alto bien, la disposición al sacrificio de derechos individuales en aras de la comunidad y la fidelidad indubitada a la misma. En la terminología empleada en la actualidad por esta corriente política ello se traduce en un deber de "*patriotismo*", entendido como un "sentido interno de honor y compromiso"⁴⁰², como "la fidelidad común y compartida hacia una determinada comunidad histórica. Honrarla y mantenerla en su integridad debe ser un fin común, y ello es más que un mero consenso sobre la prevalencia de la justicia"⁴⁰³, ya que implica una identificación interna con los "valores fuertes" que rijan en la comunidad⁴⁰⁴. Respecto del Derecho penal, ello conllevará las siguientes consecuencias. En primer lugar, y como a continuación se destacará, un criterio de criminalización que excede del respeto de la libertad de terceros (*harm to others*), incluyendo, como vimos en autores como DEVLIN, la protección coactiva de las convicciones morales imperantes en la comunidad. En segundo lugar, un deber de obediencia a Derecho apriorístico y basado en la identificación moral colectiva, más intenso que el mero respeto externo. En palabras de HABERMAS, "la pertenencia a una comunidad política funda deberes especiales, tras los que se encierra una identificación patriótica. Este tipo de lealtad va

⁴⁰² MACINTYRE. *Ist Patriotismus eine Tugend?*, p. 117.

⁴⁰³ TAYLOR. *Die Debatte*, p. 123.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 125. Sobre la "virtud del patriotismo", cfr. también, críticamente, FORST. *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 166 y 167; HABERMAS. *Facticidad y validez*, pp. 638 y ss.

mucho más allá del sentido que cabe a la validez de deberes jurídicos mediados institucionalmente: "cada miembro reconoce una lealtad a su comunidad, expresada en la disponibilidad a sacrificar ventajas personales para promover los intereses de la comunidad"⁴⁰⁵. El delito no es lesión de intereses ajenos, es traición, infidelidad a la comunidad. Parafraseando a HEGEL, en quien se apoyan, los comunitaristas exigen "el supremo deber de ser miembro de la comunidad"⁴⁰⁶.

iii. Persona como "persona del Derecho" y la fundamentación de las normas

Si desde la autonomía moral y la libertad negativa se extrae el concepto de "persona del Derecho", desde la autonomía política y la libertad positiva ha de extraerse una segunda subconcepción: la de "persona del Derecho", que enmarca el tránsito desde el *status* de *súbdito*, como destinatario de las normas jurídicas, al de *ciudadano*, como autor de las normas jurídicas⁴⁰⁷. "Personas de Derecho son individualmente responsables frente al Derecho, los ciudadanos son conjuntamente responsables del Derecho"⁴⁰⁸. Dicho *status* está basado, por tanto, también en la atribución intersubjetiva de facultades y pretensiones de respeto: los sujetos se reconocen mutuamente como libres e iguales y como capaces de establecer un diálogo en condiciones de imparcialidad, así como reconocen la asunción vinculante de lo acordado y, por tanto, la responsabilidad política del respeto a dichas decisiones⁴⁰⁹. Si, como vimos, la autonomía

⁴⁰⁵ HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 641. El entrecomillado corresponde a una cita de MÜLLER. En similar sentido, THIEBAUT. *Los límites de la comunidad*, p. 54; FORST. *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 30 y 36.

⁴⁰⁶ Cfr. T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 44, quien habla de "la obligación de pertenecer".

⁴⁰⁷ Se sigue la terminología de FORST. *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 53, 432 y ss. y pássim.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 353.

⁴⁰⁹ Cfr. *ibid.*, p. 179.

privada y pública estaban íntimamente relacionadas, también lo estarán los *status* de persona de derecho y ciudadano: desde la concepción liberal los individuos son los autores del Derecho a que van a someterse, por lo que el ámbito de derechos y deberes que conforman el marco de la persona de Derecho vendrá determinado por su actividad como ciudadanos, por los principios y normas establecidos por ellos mismos en un acuerdo intersubjetivo realizado en condiciones de imparcialidad⁴¹⁰. Desde el reconocimiento de la capacidad y el derecho a la autolegislación, de la autonomía política, en una sociedad democrática ha de partirse, en consecuencia, del principio de que tanto las normas como los medios empleados por el Derecho para motivar al acatamiento de dichas normas (sanciones) serían establecidos y reconocidos libremente por todos los ciudadanos en un acuerdo hipotético⁴¹¹. Ello conlleva como consecuencia que los ciudadanos no pueden ser tratados sólo como enemigos del Derecho, sino que ha de partirse del supuesto de que están dotados de la facultad de lo *razonable*, de una tendencia a la cooperación y al respeto voluntario de las normas que ellos mismos de han otorgado.

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

⁴¹⁰ Sobre todo ello, *ibid.*, pp. 135, 136, 400 y ss. Cfr. también RAWLS. *Gerechtigkeit als Fairness*, pp. 47 y 54; HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 186: "La idea de autolegislación del ciudadano exige que aquellos que están sometidos al Derecho como destinatarios suyos puedan entenderse a la vez como autores del Derecho".

⁴¹¹ Forst. *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 79, 136, 401 y ss. y pássim.

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

Como suele afirmarse, la política del liberalismo es una política de los derechos y la política del comunitarismo es una política del bien común⁴¹². Expresado de otra forma, mientras en el liberalismo la organización política y el razonamiento jurídico gira en torno a los intereses y autonomía de los individuos, en el comunitarismo existe algo más valioso que proteger: la comunidad misma, su identidad y cohesión; por ello, los derechos de las personas pueden en ocasiones verse vulnerados legítimamente en aras del mayor bien de la identidad común⁴¹³. La prioridad de los derechos viene fundada en el liberalismo en el hecho de que son los mismos individuos los que acuerdan cuáles van a ser los márgenes de los derechos y deberes que regirán su vida pública, y esos individuos, como sujetos autointerésados, nunca accederían a acordar la posibilidad de sacrificar sus derechos e intereses en aras de la colectividad, más allá de los márgenes que determinan el espacio protegido de la libertad individual de cada uno. Toda norma implica una limitación voluntaria de la libertad negativa; en consecuencia, los ciudadanos sólo acordarían la creación de normas que protegerían dicha libertad negativa. Ello lo expresa RAWLS con su primera regla de prioridad de los principios de justicia: la libertad sólo puede verse limitada en aras de la misma libertad, y responde, como ya se adelantó, al clásico criterio

412 Cfr., por ejemplo, T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, pp. 50 y 51, citando al comunitarista SANDEL.

413 Expresamente, TAYLOR. *Die Debatte*, p. 130, ejemplificándolo con la defensa de la tradición cultural francesa de la comunidad de Quebec; en igual sentido, MACINTYRE. *Is Patriotismus eine Tugend?*, p. 94. En este sentido, afirma T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 59, que en el comunitarismo "el 'valor' social de las personas como miembros de la comunidad se determina en función de su disposición a la realización de [...] ese bien común".

de criminalización del *harm to others*. En una sociedad liberal, la organización política y la convivencia se ordenan en torno a la cooperación basada en el respeto a los derechos ajenos, relegándose del ámbito de lo público lo relativo a las particulares creencias morales de cada uno, sobre las cuales, dado su carácter irreconciliable, no cabría el establecimiento de un acuerdo basado en criterios racionales y razonables. Así, por ejemplo, entre un árabe y un judío no podría llegarse nunca a un consenso sobre cuál habría de ser la religión oficial de una sociedad, ya que para cada cual su religión es la "verdadera". En cambio, ambos podrían llegar a un acuerdo sobre el derecho a la libertad religiosa, ya que ello les permitiría a ambos practicar libremente su religión, lo que no ocurriría para uno de ellos si se impusiera la del otro como religión oficial y única. Lo mismo ocurriría en relación a cuestiones tenidas de connotaciones morales. En lo que concierne a la moral, no sería en la razón sino en la fe o la creencia sobre lo que habría que apoyar la argumentación, y un Estado liberal y democrático sólo puede imponer normas que resulten admisibles a los ciudadanos bajo criterios de diálogo y razonabilidad, por lo que deberá abstenerse siempre de obrar sobre la base de que una concepción del bien es más valiosa que otra⁴¹⁴. Por ello, como afirma RAWLS, el liberalismo político se ocupa de lo justo, no de lo bueno⁴¹⁵. Por el contrario, en una sociedad comunitarista el Estado y la vida pública se organizan en torno a la identificación de cada miembro con los valores morales y culturales que definen esa comunidad concreta⁴¹⁶. Como en HEGEL, el imperio de la *Sittlichkeit* aún lo

414 MULHALL y SWIFT. *El individuo frente a la comunidad*, p. 143; THIEBAUT. *Vindicación del ciudadano*, pp. 130 y 131.

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

416 En algún autor -MACINTYRE, por ejemplo- ello viene motivado a partir de una ascendencia aristotélica, según la cual es el ámbito de la *polis*, de lo público, el terreno idóneo donde han de desarrollarse y ponerse en práctica nuestra concepción de la vida

público y lo privado, el Derecho y la moral, renunciándose al principio liberal de la neutralidad⁴¹⁷, así como a la razón individual como criterio de fundamentación del Derecho. Éste ya no es fruto –y, por tanto, tampoco está sujeto en su legitimidad a ello– del consenso intersubjetivo, sino que las normas se originan a partir de las valoraciones morales que rijan en la comunidad, y su único criterio de referencia y legitimación será su mera vigencia social⁴¹⁸. Expresado de otra forma, no se cuestiona la validez intrínseca de las normas: lo correcto, sino que, como el bien superior es la propia pervivencia de la comunidad, de los vínculos morales y afectivos que dan cohesión al grupo, el Derecho se creará y se utilizará en función de la protección del horizonte valorativo común: lo bueno⁴¹⁹. Como ha sido destacado, el proyec-

buena del hombre. Cfr. MACINTYRE. *Ist Patriotismus eine Tugend?*, pp. 84 y ss.; THIEBAUT. *Los límites de la comunidad*, pp. 23 y ss.; MUIHALL y SWIFT. *El individuo frente a la comunidad*, p. 143; BAURMANN. *El mercado de la virtud*, p. 186: “En la sociedad cerrada ideal-típica, la vida privada y la ‘pública’ forman un solo contexto vital” (cursivas y comillas en el original).
⁴¹⁷ Cfr. THIEBAUT. *Los límites de la comunidad*, p. 167; A. GUTMANN. *Die kommunitaristischen Kritiken*, p. 79; MUIHALL y SWIFT. *El individuo frente a la comunidad*, pp. 143 y 290; T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriffs*, p. 50: “etización de lo político”; 60 y 61. Y especialmente Forst. *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 144. La influencia de Hegel es, en este tipo de argumentaciones comunitaristas, patente y manifiesta. Como afirma el autor citado en último lugar (p. 172), el comunitarismo sustancialista parte de la “tesis hegeliana de que una comunidad política debe conformarse en torno a una base ético-cultural”.
⁴¹⁸ Cfr., por ejemplo, WELZEL. *Naturalismus*, p. 86, citando a Hegel: “lo que es racional es real, y lo que es real es racional”. En el sentido del texto, críticamente, T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriffs*, p. 47: la tesis comunitarista hace depender la validez normativa de las normas de su vigencia social. Ello responde a la ausencia de un criterio de legitimación crítico a la labor del Estado en el “dogma hegeliano”, según el cual se parte “de la racionalidad incuestionable de la ley en cuanto es producto del Estado” (HORMAZÁBAL. *Bien jurídico*, p. 38).

⁴¹⁹ Ejemplo del modelo de fundamentación comunitarista pueden ser las afirmaciones de CERESO MUR. *PC* 1 (1997). Para este autor –quien entiende, siguiendo a WELZEL y a H. MAYER, que “las normas éticas y las jurídicas coinciden esencialmente en su contenido” (p. 16)– “no cabe duda [...] de que el orden moral sexual puede ser objeto de protección por el Derecho penal y constituir un bien jurídico” (p. 17, nota 21). Y ello viene justificado en atención al mantenimiento de esa cohesión social: “El orden moral sexual sólo debe ser objeto de tutela en la medida en que sea imprescindible para el mantenimiento del orden social” (p. 17). En consecuencia, el único criterio de legitimación será la moral dominante: “el Estado, en una sociedad pluralista y democrática, no puede imponer una determinada concepción ética, ni convertirse en tutor moral de los ciudadanos. Es preciso señalar, sin

to político del comunitarismo trae consigo la “consecuencia de que el Derecho penal debe sancionar todo contenido moral sentido por la mayoría moral y que ésta considere necesario para mantener sus formas de vida tradicionales”⁴²⁰. Los comunitaristas, embriagados por cierta nostalgia hacia comunidades homogéneas y pequeñas, en las cuales la fuerte identificación en torno a un puñado de tradiciones excluye toda posibilidad de disenso y de conflicto, parecen olvidar que lo que caracteriza a las sociedades actuales es su alto grado de complejidad valorativa, su pluralismo y multiculturalidad⁴²¹, realidad que es la que ha llevado a la diferenciación entre los sistemas normativos de la moral y del Derecho⁴²². En la actualidad, su proyecto político es sencillamente inviable o alienta un recalcitrante conservadurismo⁴²³, ya que ese horizonte moral común se traduce en la moral de la mayoría⁴²⁴ y, a consecuencia de ello, en la flagrante vulneración del respeto a la autonomía, tanto privada como pública, de las minorías, así como en procesos de integración-exclusión, ya que sólo quien se

embargo, que no se trata de la protección o imposición por el Derecho penal de cualquier concepción moral, sino la tutela del orden ético-social realmente vigente en la sociedad” (nota 21, pp. 17 y 18).

⁴²⁰ T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriffs*, p. 59.

⁴²¹ Esa crítica es reiterada por posturas liberales. Cfr. NINO. *Ética y derechos humanos*, pp. 168 y 178; THIEBAUT. *Los límites de la comunidad*, p. 161; T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriffs*, p. 52; BAURMANN. *El mercado de la virtud*, p. 244.

⁴²² Cfr., sobre ello, LUTHMANN. *Rechtssoziologie*, pp. 220 y ss. y pássim; THIEBAUT. *Los límites de la comunidad*, p. 162; T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 60; HABERMAS. *Facticidad y validez*, pp. 571 y ss.

⁴²³ Cfr., por ejemplo, NINO. *Ética y derechos humanos*, p. 161; A. GUTMANN. *Die kommunitaristischen Kritiken*, p. 68; THIEBAUT. *Los límites de la comunidad*, pp. 141 y ss.; Forst. *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 40 y pássim; BAURMANN. *El mercado de la virtud*, pp. 253 y ss.; T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 47.

⁴²⁴ Por todos, THIEBAUT. *Los límites de la comunidad*, pp. 158 y 159: “La reducción de todo criterio o principio moral a las ideas de bien de hecho existentes en una sociedad dada nos condena a suscribir sin posibilidad de crítica sus valores; no sólo quedarían sin explicar los procesos históricos de cambio, la aparición de valores emergentes, sino que también parecerían condenarse todas las disidencias, las propuestas de diferencia, que fueran a contrapelo de la moral de un contexto concreto”.

identifica con la moral dominante *pertenece* a la comunidad⁴²⁵. Como ha venido reiterando RAWLS, en sociedades pluralistas la única alternativa a la neutralidad moral y a la tolerancia es un uso ilimitado y opresivo del poder estatal⁴²⁶. No es difícil apreciar que este ámbito de discusión es trasunto de la oposición entre la *Moralität* kantiana, racional, abstracta y universal, y la *Sittlichkeit* hegeliana, histórica y contingente. Como se ha afirmado, "sin tal mínimo de racionalidad, universalidad e incondicionalidad es imposible la autonomía humana, y no resta sino el imperio oscuro-tista y dogmático de lo dado"⁴²⁷. Ya vimos que los comunitaristas rechazaban la concepción de la persona como capaz de reflexión y distanciamiento crítico de los valores morales que le rodean⁴²⁸. Ello se refleja en relación a la institucionalización de las normas

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

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

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

428 En este sentido, afirma THIEBAUT. *Los límites de la comunidad*, p. 158: "Esa capacidad crítica que el programa moderno reclama para sí frente al tradicionalismo y que implica que existen siempre criterios de justicia que no se identifican con las sociedades dadas y sus criterios aceptados de bondad, es un argumento central [...] de la acusación de proclividad hacia el conservadurismo de las posiciones comunitaristas". Respecto a la potencialidad conservadora y crítica, respectivamente, de cada teoría, es ilustrativa, por ejemplo, la caracterización que hace GARZÓN VALDÉS, en *Krawietz-FS*, pp. 477 y ss. (478), de los términos "moral" (*Sittlichkeit*) y "ética" (*Moralität*): lo "moral" es concebido como la moral positiva, como el *moros* de una determinada sociedad; lo "ético" es concebido como la "moral crítica". Una diferenciación similar, a partir de la oposición entre moral positiva y moral crítica, en HART, *Law, Liberty and Morality*; LAPORTA. *Entre el Derecho y la moral*, p. 52, en referencia a las tesis de lord DEVLIN.

públicas, las cuales se conciben como expresión del substrato ético, fusionándose en una realidad sustancial –en un "espíritu objetivo"– el Derecho y la moral, adquiriendo el primero su legitimidad por ser emanación de la identidad de la comunidad, no por un presupuesto de consenso basado en el diálogo y la razón. Desde el comunitarismo, por tanto, las normas que han de regir la convivencia no son elegidas por sus destinatarios, sino que, en cierta medida, les vienen dadas, a tenor de una tradición concreta. No son constituidas por los ciudadanos, sino que son dichas normas, como conjunto de valores morales, las que constituyen y han de constituir la identidad individual. Si en el liberalismo el Derecho es fruto de la razón, en el comunitarismo lo es, hasta cierto punto, de la irracionalidad, ya que las valoraciones no serán tamizadas por el filtro del diálogo intersubjetivo, sino que serán juridificadas por el mero hecho de determinar la identidad colectiva⁴²⁹. Así, el comunitarista MACINTYRE llega a mantener, en relación a la vinculación de los individuos a las normas, es decir, a la comunidad, que en el "patriotismo", al estar basado en una lealtad incondicionada, la crítica racional al mismo queda excluida⁴³⁰. Dicha vinculación incondicional conllevaría, en sociedades como las actuales, una radical negación del respeto a la autonomía moral de los ciudadanos, y el consiguiente adoctrinamiento de los disidentes en los valores en los que se autoconoce la comunidad, con la única alternativa para éstos de su exclusión. Como afirma RAWLS, "el liberalismo rechaza el Estado como comunidad por-que, entre otras cosas, conduce a una denegación sistemática de las

429 En sentido similar, afirma HORNAZABAL. *Bien jurídico*, p. 99, respecto a la postura de PARSONS, que el criterio para el fundamento de las normas "no se trata de una moralidad en abstracto [que sería la *Moralität* kantiana], sino de compartir un determinado sistema moral referido al *statu quo* a partir del cual se determina lo que es contrario o conforme al orden establecido".

430 MACINTYRE. *Ist Patriotismus eine Tugend?*, p. 95. Crítico con ese irracionalismo y con el "telos místico" de la comunidad, NINO. *Ética y derechos humanos*, p. 167.

libertades básicas y al uso opresivo del monopolio legal de la fuerza del Estado"⁴³¹.

c. Sociedad y Estado. El problema de la estabilidad

El establecimiento de la moral positiva, del conjunto de valores morales y de vínculos afectivos y tradiciones que aglutinan la identidad de la comunidad, como criterio rector de las convicciones privadas y la actuación pública de sus miembros, elevándose así a normas jurídicas, viene dado por el fin que la tesis comunitarista atribuye a la política. A diferencia del liberalismo, para quien el Derecho y el Estado han de limitarse a procurar las condiciones de justicia-libertad e igualdad—para que cada ciudadano desarrolle a su antojo sus inclinaciones y metas privadas, los comunitaristas conciben la política como una prolongación funcional de la moral privada: los poderes públicos han de fomentar una línea uniforme de actuación colectiva basada en las ataduras morales que vinculan a los ciudadanos, con la finalidad última de perpetuar el *ethos* comunitario y "patriótico"—siempre en el sentido citado—y de la estabilidad de la identidad común. Como puede apreciarse, estamos ante los mismos presupuestos que los de la "tesis de la desintegración" de DEVLIN o DURKHEIM, según la cual la moral colectiva es la sustancia esencial que aglutina los lazos de la comunidad, por lo que toda desviación manifestada de la misma amenaza, siquiera potencialmente, con su desintegración. Por ello, dado el hecho de que sólo la vida dentro de la

⁴³¹ RAWLS. *Consensus por superposición*, p. 71, nota 17. En el mismo sentido, afirma FORST. *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 50, en oposición a las tesis hegelianas, que sólo "la separación entre Estado y comunidad protege la libertad subjetiva de las personas como sujetos de Derecho y les posibilita participar, como ciudadanos, en el proyecto común de la justicia política". Cfr. también T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriffs*, p. 57: "El peligro de la consunción del individuo por el colectivo es la sombra inherente a toda forma de comunitarización"; BAURMANN. *El mercado de la virtud*, p. 184: "En las sociedades cerradas [...] la libertad individual está subordinada a coacciones colectivas".

comunidad permite la convivencia y el desarrollo de la vida moral⁴³², el Derecho debe erigirse en factor de integración y socialización colectiva, aunando las conciencias en las concepciones compartidas del bien⁴³³. Por ello, y como ya se dijo, lo relevante no es la corrección valorativa de las convicciones morales comparadas, sino el mero hecho de que sean compartidas por un número suficiente de individuos⁴³⁴. Recuérdese que la defensa de DEVLIN por la criminalización de la homosexualidad no venía dada por consideraciones sobre la inmoralidad intrínseca a dicha práctica sexual, sino en primer lugar por el hecho de que la misma era *de facto* considerada inmoral por las sociedades occidentales de tradición cristiana⁴³⁵.

Y si los criterios de creación del Derecho parten del mismo núcleo que los que vimos eran característicos de penalistas que adjetivamos como "comunitaristas" y que introducimos en alguna de las variantes de la prevención general positiva, la comprensión de la aplicación del Derecho en un Estado comunitarista expuesta por GUTMANN recuerda extraordinariamente, asimismo, a las teorías de la prevención general ético-social y de integración. Afirma, así, este autor que en el comunitarismo el Derecho es medio por excelencia para la integración colectiva, el cual, dado que dicho proceso viene realizado a través de la moralización, pierde su carácter de sistema normativo diferenciado y formalizado y tien-

⁴³² Así también TAYLOR. *Atomismo*, p. 110. En sentido similar SANDEL. *Die verfahrenrechtliche Republik*, pp. 30 y ss.; MACINTYRE. *Ist Patriotismus eine Tugend?*, pp. 94 y ss.

⁴³³ Cfr. T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriffs*, p. 52: "El 'bien' se localiza, así, en la propia comunitarización [*Vergemeinschaftung*] de los individuos, por lo que esa comunitarización de erige en fin en sí mismo" del Derecho.

⁴³⁴ Crítica con el relativismo valorativo a que ello lleva, CORTINA. *Ética sin moral*, pp. 111 a 114.

⁴³⁵ Merece destacarse que SANDEL, relevante autor comunitarista, ha defendido también la criminalización de la homosexualidad por muy similares motivos. Cfr. sobre ello, críticamente, T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriffs*, p. 59.

de a ocupar los mismos procesos psico-sociales que otros medios espontáneos de control social, en detrimento de la seguridad jurídica. La integración y cohesión social, con la aplicación de la sanción penal, es llevada a cabo, entonces, por medio de la reafirmación de la moral y de la tradición, y por la estabilización de los afectos y emociones, a partir de una escenificación simbólica de exclusión del delincuente de la comunidad⁴³⁶.

Dicha semejanza no puede extrañar, por el hecho de que el concepto de sociedad del que parte el comunitarismo es idéntico al mantenido, por ejemplo, por DURKHEIM según su "solidaridad mecánica". Al igual que este autor, y que TÖNNIES respecto de su modelo de "comunidad", los comunitaristas actuales asumen una concepción organicista del entramado social, entendiendo la comunidad, según críticamente afirma FORST, como "un macrosujeto orgánico y homogéneo, conformado en torno a valores, en el cual rige una identidad entre lo individual y lo colectivo"⁴³⁷. Como he mencionado anteriormente, algunos representantes de esta corriente pretenden erigir en criterio de la convivencia y de lo político concepciones premodernas y superadas de lo social, auspiciando comunidades homogéneas y cerradas, en las que una idílica identificación en torno a un reducido conjunto de convicciones impediría la aparición de conflictos intersubjetivos y haría superflua la necesidad de acuerdos sobre principios de justicia⁴³⁸.

436 T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriffs*, pp. 56, 58 y 60.

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

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

Así, mientras para el liberalismo el desarrollo de propuestas morales diversas y el grado de pluralismo alcanzado en las sociedades modernas es, no sólo un hecho indudable, sino un factor positivo y enriquecedor que debe ser respetado y alentado, el diagnóstico comunitarista del pluralismo arroja una imagen caótica y desolada de la realidad⁴³⁹. Desde estas posiciones se sostiene que la pérdida de un horizonte valorativo común y la descomposición moral producida por las teorías éticas herederas de la modernidad ha generado un fenómeno de anomia y decadencia social, y la desintegración de un proyecto moral y político compartido, que permitía la motivación de las conductas bajo la conciencia de pertenencia a un mismo suelo, y ha convertido la articulación de los vínculos sociales en un cúmulo de individuos atomizados, movidos sólo en atención a su propio interés individual y huérfanos de una referencia unitaria⁴⁴⁰. Según esta postura, los intentos actuales de elaborar una ética y una política basada en principios deontológicos y abstractos de justicia bajo condiciones de imparcialidad, desde los que lo correcto es prioritario a lo bueno, no son más que la crónica de un fracaso anunciado ya desde la Ilustración. Por un lado, dichos principios son demasiado abstractos y generales para encontrar una identificación y un compromiso por parte de los ciudadanos; por otro lado, los derechos individuales no pueden anteponerse de forma absoluta al bien común. Por el contrario, sólo una comunidad política basada en concepciones fuertes y densas de lo bueno, heredadas de una tradición y que aúnen las voluntades en un *telos* colectivo, al modo de la *polis* aristotélica, pueden devolver a los ciudadanos un sentido de

439 Sobre todo ello, cfr. THIEBAUT. *Vindicación del ciudadano*, pp. 51 y ss. También NINO. *Ética y derechos humanos*, pp. 193 y 194, citando las tesis de BLOOM.

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

pertenencia y despertar la conciencia de actuación a partir de virtudes y hábitos altruistas, y no egoístas, respecto del bien común. Así, frente a la "enfermedad" del pluralismo, algunos comunitaristas optan por la terapia del retorno a la comunidad premoderna, en la cual la cooperación social y el respeto a las leyes no se basarían en razones de beneficio y satisfacción mutua, sino en la identificación moral con un bien común y con la organización política conformada y dirigida a tenor del mismo, entendida al modo del Estado ético hegeliano, el cual no aparece constituido por la autonomía y el interés de los individuos, sino que, por contra, es *constitutivo* de dicha autonomía e intereses⁴⁴¹. La integridad de la comunidad, conformada en torno a los valores y convicciones que constituyen moral y políticamente a los individuos, debe ser el primer bien a proteger, al cual deben supeditarse los derechos individuales cuando entren en conflicto con la misma⁴⁴².

Pero dicho retorno a la comunidad, sugerido como remedio a la descomposición moral y cultural, resulta contrario a la realidad y es, por ello, reaccionario. Como ya fue dicho, las sociedades actuales están surcadas por diversas e irreconciliables concepciones del bien, por diversas comunidades morales, por lo que la búsqueda de esa homogeneidad perdida sólo puede realizarse a costa de la opresión y de la vulneración sistemática de la autonomía individual. El liberalismo es, en gran medida, una consecuencia del pluralismo, por lo que sólo sus tesis políticas están capacitadas para acoger la

⁴⁴¹ Sobre las diferencias entre la concepción de Estado en liberales y hegelianos, cfr. RUBIO CARRACEDO. *Paradigmas de la política*, pp. 55 y ss. Desde el ámbito sociológico, cfr. la oposición de WEBER. *Sociologische Grundbegriffe*, pp. 69 y ss., entre los modelos de relación social *Vergemeinschaftung* y *Vergesellschaftung*.

⁴⁴² Un análisis similar en T. GUTMANN. *Kommunitaristischen Rechtsbegriffe*, p. 39 y pássim; BAURMANN. *El mercado de la virtud*, pp. 29 y ss., 253 y ss. Vid. también NINO. *Ética y derechos humanos*, p. 142. "La comunidad [...] no es un instrumento para la satisfacción de intereses individuales, sino algo que es constitutivo de esos intereses y aun de los propios individuos".

complejidad de las sociedades actuales. En cualquier caso, si el medio de curación propuesto por los comunitaristas se demuestra inviable, el diagnóstico, despojado de su retórica apocalíptica, parece revelarse bastante contundente respecto de la estabilidad fáctica del proyecto liberal. ¿Cómo puede mantenerse la estabilidad política —el respeto a las normas y a los principios de justicia consensualmente acordados— en una sociedad que se constituye sobre seres puramente autointeresados, dispuestos siempre a hacer prevalecer su propio interés personal frente a necesidades del bien común, entre los que no existen otros vínculos que el reconocimiento formal y contingente de una mutua autonomía y libertad? Se afirma, así, que una sociedad y un orden político construido sobre semejantes pilares, sin un sentido patriótico de pertenencia a un proyecto común sobre el cual orientar la vida pública y, por tanto, sin una lealtad incondicionada a la comunidad y sin una disposición al sacrificio de intereses individuales en aras del bien común, están condenados a su desintegración.

Resulta indudable que, en un nivel teórico, una organización social y política como la liberal, basada en el interés racional y emancipado de los individuos, en la pluralidad de las convicciones morales y en la legitimación del poder público condicionada al respeto efectivo y permanente de los principios de justicia, la estabilidad se presenta más precaria y débil que en una (hipotética) comunidad homogénea en la que entre el individuo, la sociedad y el Estado existe una unidad valorativa y una identidad uniforme⁴⁴³. No hay duda de que el modelo hobbesiano del hombre económico, como individuo únicamente interesado en la satisfacción *inmediata* de sus intereses, no es válido para explicar el establecimiento de un orden estable. Pero ese hecho es general-

⁴⁴³ Cfr. BAURMANN. *El mercado de la virtud*, pp. 191 y ss.

mente asumido por los propios liberales. Ya vimos que RAWLS concebía a la persona como poseedor de dos facultades: no sólo la facultad de ser racional –de perseguir sus propios fines–, sino también la facultad de ser razonable, como cierta capacidad y disposición hacia la cooperación justa por parte de los individuos. Y dicha facultad de cooperación, consecuencia de la autonomía política, es entendida por el liberalismo actual también como un factor de estabilidad, siendo elevada al mismo grado de importancia que la facultad de lo racional⁴⁴⁴. La persona, entonces, no sólo es considerada un maximizador de intereses personales a corto plazo, sino también, si se quiere llamar así, un *hombre político*, un ciudadano consciente y responsable de sus deberes públicos. Se afirma, así, que la justificación política rawlsiana no se basa en “egoístas racionales”, sino en “personas racionalmente éticas”, las cuales se reconocen mutuamente como ciudadanos libres e iguales y asumen con ello que las instituciones políticas deben proteger de forma equitativa los intereses de todos los ciudadanos⁴⁴⁵. El Estado no es, entonces, un fin en sí mismo, pero tampoco es un mero medio; en el liberalismo democrático el Estado *legítimo* es un bien público, social, el cual ha de ser mantenido y desarrollado por todos los ciudadanos responsablemente, siempre que el Estado cumpla con sus exigencias de justicia⁴⁴⁶. Por ello, también en una sociedad liberal y democrática, los ciudadanos poseen ciertas “virtudes políticas”, pero éstas, a diferencia del comunitarismo, no están basadas en vinculaciones morales fuertes e irrazonadas respecto del *ethos* de la comunidad concreta, sino que responden a presupuestos universalistas, basadas en el reconocimiento mutuo de autonomía como *personas*, y no como miembros de una

444 NAGEL. *Conflicto moral*, p. 91. En el mismo sentido, Forst. *Kommunitarismus und Liberalismus*, p. 198.

445 Así, HINSCH. *Einleitung*, p. 17.

446 Cfr., por ejemplo, Forst. *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 178; BAURMANN. *Der Markt der Tugend*, pp. 655 y ss.

comunidad concreta. Y estas virtudes partirían de la facultad de lo razonable, y serían las de la cooperación social, de la tolerancia recíproca y de un sentido desarrollado de la justicia, así como de la disposición de los ciudadanos a justificar sus argumentos por medio de la razón y no de la fuerza, en el marco del discurso político público⁴⁴⁷.

No obstante, esa virtud de lo razonable no hace perder al individuo el carácter de racional, de autointeresado⁴⁴⁸, convirtiéndole en un ser altruista y desinteresado, que sacrifique su libertad individual en aras de una voluntad general; por el contrario, la razón de ser de la cooperación y el entendimiento radica precisamente en la posibilidad de alcanzar un orden superior de estabilidad en el cual cada uno pueda satisfacer sus propios intereses pacíficamente, con la *confianza* de que terceras personas no atentarán contra los mismos, puesto que podrán obtener, a su vez, la satisfacción de sus propios intereses⁴⁴⁹. Ello implica que el que los demás obtengan

447 Forst. *Kommunitarismus und Liberalismus*, pp. 198 y 199.

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

449 Conviene resaltar que la noción de racional y autointeresado en RAWLS excluye

sus intereses forma parte de lo deseable para *Ego*, puesto que ello revertirá en la satisfacción de los suyos⁴⁵⁰, de igual modo que lo será el respeto al principio de igualdad en la distribución de cargas y beneficios, puesto que ello evitará conductas egoístas a corto plazo⁴⁵¹; pero implica también que, dado que la disposición a la cooperación sólo tendrá sentido para *Ego* si ello viene a redundar en la satisfacción de sus intereses a más largo plazo, requisito para dicha cooperación habrá de ser, de una parte, la expectativa de que los demás individuos con quienes *Ego* interactúa en la cooperación serán, a su vez, razonables⁴⁵²; de otra, que el Estado no vulnere las exigencias de justicia. Es decir: que ninguno de los participantes en el pacto quebrante las reglas del juego⁴⁵³. En suma, la cooperación, y el Estado, es un bien social de orden superior, pero su calidad de bien y, por tanto, su pretensión de respeto y legitimidad, vendrá siempre condicionada por la sumisión de su actuación a los términos de la justicia: libertad e igualdad.

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

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 106.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 114.

⁴⁵² Por el momento, cfr. sólo RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 376, y GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 113: El cooperador "debe pensar no sólo en sí mismo, sino en todos los demás: dado que su adhesión al principio va a quedar condicionada a sus expectativas sobre la adhesión de los demás, debe esperar que ellos también estén convencidos de su aceptabilidad".

⁴⁵³ Por todos, BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 223 y ss., y pássim, quien desarrolla, dentro de la sociología, un modelo de sociedad liberal que, permaneciendo dentro de los límites del individuo autointeresado, esté basado en una cooperación estable entre individuos racionales capaces de cooperación colectiva mutuamente beneficiosa. Posteriormente se incidirá en ambos modelos de racionalidad, así como en las condiciones de cooperación, al aplicar estos criterios como motivos para la acción respecto del acatamiento de las normas penales.

Y es dado el presupuesto de la satisfacción de los intereses privados como exigencia previa para la cooperación por lo que la expectativa de que los ciudadanos acomodarán su conducta a las normas bajo criterios de razonabilidad no aparece muy sólida desde los propios presupuestos liberales. Y ello porque esa disposición a la cooperación puede verse truncada con facilidad por la persecución del interés inmediato. No en vano, un problema importante al que se enfrenta la teoría liberal es la posibilidad de lidiar con la figura del *free rider*, del sujeto que se sirve de la cooperación de los demás para no cooperar él y, aprovechándose de las condiciones de estabilidad, obtener a su costa sus propios intereses⁴⁵⁴. Expresado de otra forma, la tendencia cooperativa de lo razonable corre siempre el riesgo de verse anulada por la inercia egoísta de lo racional. Una de las consecuencias de este hecho es especialmente relevante para el Derecho penal: la necesidad de establecer medios coercitivos para motivar coactivamente a comportamientos acordes a las reglas de cooperación a quienes no estén dispuestos voluntariamente a ello⁴⁵⁵. Es indudable, como se dijo, que en una comunidad tejida en torno a valoraciones y afectos "densos" constitutivos de la personalidad moral de las personas —una comunidad religiosa, por ejemplo—, las expectativas de que los demás acomodarán su conducta a las disposiciones morales o religiosas que rigen la convivencia serán mucho más seguras. De hecho, podría afirmarse que en dichas comunidades los principios de la justicia e incluso un Derecho coercitivo ocuparían un lugar secundario, puesto que no sería tan necesaria su aplicación. Pero dichas comunidades son utópicas, y más bien propias de una utopía negativa, ya que, dado el hecho del pluralismo y la multiplicidad de fines e intereses personales exis-

⁴⁵⁴ Sobre esa figura, cfr., entre otros, ZIMMERLING, en *Doxa* 6 (1989), p. 56 (empleando el término de "polizón"); GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, pp. 90 y ss.; WITTIG, en *ZStW* 107, 1995, p. 263 (*Schwarzfahrer*).

⁴⁵⁵ Así, por ejemplo, RAWLS, *Der Bereich des Politischen*, p. 351.

tente en las sociedades actuales, el intento de establecer dichas comunidades llevaría a procesos de "comunitarización" forzosa y de exclusión -simbólica o real- de los disidentes. Es desde dicho pluralismo -el cual es, inevitablemente, factor de inestabilidad- que se hace preciso el acuerdo sobre reglas justas de juego que todos puedan acatar, lo que sólo puede venir dado a través de apelar a la elección racional de los individuos. Sólo los principios del liberalismo: autonomía, cooperación racional y tolerancia, están en disposición de compatibilizar el pluralismo y la complejidad de las sociedades actuales con la siempre difícil aspiración a la estabilidad.

Es importante resaltar, por último, un elemento más que marca notables diferencias en relación a la forma en que comunitaristas y liberales persiguen la estabilidad del orden social y jurídico. Y este radica en el ámbito de los *límites* a que ha de estar sometida la labor coactiva del Estado. Así, mientras en el comunitarismo la prioridad del bien común puede permitir la vulneración de principios individuales en aras de la integración social, la prioridad de los derechos individuales -de esos "derechos de defensa"- en el liberalismo excluye toda posibilidad de funcionalización de los mismos con vistas a satisfacer supuestos intereses colectivos. Es indudable que en muchas ocasiones intereses colectivos e intereses individuales concurrirán en una situación de conflicto -como muestra el clásico binomio prevención-garantías en el ámbito de la pena-, y que dar prioridad a los primeros sobre los segundos coadyuvará a cohesionar los vínculos de la comunidad y, por tanto, a su estabilización. La menor capacidad del liberalismo en materia de estabilidad del orden social viene precisamente debida al escrupuloso respeto a los derechos individuales; a que, en situaciones de esa índole, no resultará justificado el sacrificio de los mismos para obtener una mayor estabilidad valorativa o emocional del colectivo. A diferencia del comunitarismo, en un sistema político liberal la estabilidad no puede obtenerse a cualquier precio. No obstante, es preciso plantearse si esa estabiliza-

ción emocional coyuntural no se convertirá, a más largo plazo, en factor de inestabilidad. Con ocasión de la crítica a las teorías de la prevención general positiva, sobre la que a continuación me ocupo, se incidirá en estas cuestiones.

B. Los fines del Derecho penal desde el liberalismo político

1. *Presupuestos de un Derecho penal liberal. Consideraciones críticas sobre las teorías de la prevención general*

Tras la exposición anterior de algunos puntos esenciales del debate entre comunitaristas y liberales podría quizá establecerse una caracterización más nítida de las teorías de la pena y del Derecho penal reconducibles a presupuestos comunitaristas o, al menos, que responden a planteamientos no liberales, ya por los fines inmediatos o mediatos que persigue la pena y el Derecho penal, ya por los medios articulados para ello. En este sentido, la misión ético-social y la del fin de integración pueden contemplarse desde una misma perspectiva crítica: ambas concepciones tienen su origen en una similar comprensión de la sociedad como un todo orgánico cohesionado en torno a valores, desde la cual el Estado es una prolongación funcional de la comunidad en orden al mantenimiento de la estabilidad moral y afectiva del grupo, requisito imprescindible -según la tesis de la desintegración comunitarista- para el mantenimiento y pervivencia sin fisuras de la propia comunidad. El orden normativo del Derecho penal es concebido como extensión del substrato valorativo que otorga identidad a la comunidad, por lo que la relación de los miembros de la misma con las normas no ha de ser sólo de respeto externo, sino que ha de estar basado en una identificación interna; a los destinatarios de las normas no se les exige ordenar sus acciones de manera acorde con los mandatos jurídicos, sino que se pretende generar una actitud de fidelidad, conformando el fuero interno de los ciudadanos de acuerdo a los valores plasmados en las normas.

El empleo del *ius puniendi* como instrumento estabilizador de la conciencia colectiva aparece de la forma más nítida en el llamado fin de integración. En él, como vimos, se pretende crear un estado, un clima de identificación colectiva a partir del rechazo al disidente, aunando los afectos irracionales por medio de la satisfacción de los instintos de cólera y venganza motivados por la acción perturbadora de la estabilidad. El delincuente es empleado, así, como chivo expiatorio, siendo excluido simbólicamente de la comunidad. La integración de la conciencia colectiva se produce, entonces, a través de un proceso de identificación-exclusión, por medio del cual la comunidad refuerza sus lazos de pertenencia a través de la estigmatización del delincuente y su distanciamiento simbólico del grupo⁴⁵⁶, funcionalizándose, en suma, los derechos individuales del delincuente en aras del bien colectivo de la estabilización moral y afectiva del grupo. Ello conllevará también notables consecuencias respecto de la distribución de la pena a imponer, pero antes de entrar en esa cuestión conviene resaltar algunas paradojas a que se ve enfrentada esta teoría. Ya vimos que la misma es, en gran medida, heredera del funcionalismo sociológico de DURKHEIM, desde el cual, y como tal sociología, el delito no era tanto contemplado como una acción prohibida, por ser lesiva para intereses individuales, sino como un mero fenómeno social más, relevante en función de su influencia en la colectividad como conjunto. Desde esa comprensión, el delito, como acción que perturba el estado de la conciencia colectiva, es concebido, en realidad, como un fenómeno funcional, ya que la indignación y la "cólera pública" que genera crea procesos de identificación colectiva y de cohesión en torno a dichos sentimientos irracionales, procesos tras los que, con la canalización de los sentimientos de venganza en el castigo, la cohesión e integración de la comunidad se verá más reforzada que antes del acaecimiento del

⁴⁵⁶ En el mismo sentido, NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, pp. 103 y 104.

delito. El delito es un fenómeno normal de todas la sociedades, porque sin la existencia del delito la misma sociedad se disgregaría, afirma DURKHEIM⁴⁵⁷. En este sentido, las teorías que dan prioridad valorativa a la estabilización del colectivo sobre los intereses individuales, en las que, por tanto, el delito no será lesión de un bien jurídico, sino antes perturbación del clima emotivo o moral, se ven enfrentadas a asumir el delito como algo cuya existencia no es en sí negativa, a pesar de que suponga una lesión para importantes derechos subjetivos⁴⁵⁸. La segunda paradoja a que se enfrenta esta comprensión de la pena es que, siguiendo su lógica argumental, llevaría a una imparable escalada punitiva, a un Derecho penal máximo. Según presupuestos de psicología profunda, de los que se parte, para que se dé la producción en las conciencias de los individuos de esas tendencias agresivas y de indignación y venganza hacia el delincuente, la acción delictiva cometida debe estar asumida por los ciudadanos como un tabú. Entonces, la "tabuización" por medio del Derecho penal de conductas que no han sido internalizadas por otros medios de control social terminaría por generar la creación de necesidades de venganza no existentes previamente, ya que al proscribir la conducta como tabú se asentaría el instinto de agresión respecto de su vulneración⁴⁵⁹. Baste el fenómeno de demonización de las drogas ilícitas para corroborar ese hecho. Puede decirse, así, desde la propia argumentación psicoanalítica, que "la moralización engendra violencia". Un Derecho penal que responda a esos presupuestos llevaría, como digo, a una concepción máxima del mismo, operando como un instrumento de progresiva creación-satisfacción de necesidades de venganza.

⁴⁵⁷ Sobre el carácter funcional del delito en la concepción de DURKHEIM puede verse CIEPHART. *Strafe und Verbrechen*, pp. 63 y ss.; NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, pp. 109 y ss.

⁴⁵⁸ En sentido similar, KIM. *Zur Fragwürdigkeit*, p. 29; NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, p. 122.

⁴⁵⁹ En sentido similar, MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, p. 44.

Ya vimos que característico de las teorías de ascendencia comunitarista⁴⁶⁰, en las cuales la estabilización del orden social es realizada a través de la confusión del Derecho y la moral –tanto en relación a la creación de normas como a los procesos psico-sociales de motivación a las mismas– y de la supeditación de los intereses individuales –en este caso, del delincuente– a la integración de la conciencia colectiva por medio de la satisfacción de pulsiones emotivas, era la asimilación funcional del Derecho con otros medios informales de control social. Ello, que tiene lugar de manera evidente en estas concepciones del *ius puniendi*, las cuales entienden el Derecho como un instrumento de educación moral colectiva, genera una conversión de lo que, en terminología de MERTON, son funciones manifestadas en funciones latentes. Característico de las primeras es que son efectos buscados expresamente a partir de la decisión intencional de un agente y que responden, por ello, a procesos cognitivos racionales y, por tanto, intersubjetivamente comprensibles y susceptibles de diálogo y aceptación por parte de los afectados; por el contrario, las funciones latentes se configuran como la producción de ciertos fenómenos que asimilamos, dentro del funcionalismo en el que esta distinción surge, funcionales a la estabilidad del sistema, pero que sin embargo se producen sin la intervención intencional de un agente por medio de procesos cognitivos espontáneos, que operan normalmente a un nivel inconsciente, los cuales no son perseguidos o reconocidos instrumentalmente, por lo que carecen de la base de racionalidad necesaria para ser sometidos a discusión pública e intersubjetiva⁴⁶¹. Con la conversión de lo que son funciones latentes en funciones manifestadas, es decir, con la decisión normativa de perseguir instrumentalmente la producción de esos mecanismos inconscientes, se asumen dichos fenómenos incontrolados e informalizados

⁴⁶⁰ La relación entre los postulados de DURKHEIM y el comunitarismo, por lo demás evidente, es puesta de manifiesto por MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention*, pp. 229 y ss.

⁴⁶¹ Sobre ello cfr. NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, p. 122; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, pp. 220 y 221.

como criterios legitimadores de la pena. Tal como ocurre con la teoría del fin de integración, ello conduce a hacer perder el carácter formalizado y diferenciado de otros medios de control que caracteriza al Derecho, y a dotarlo de una peligrosa carga de irracionalidad que opera en serio detrimento de la seguridad jurídica y del respeto de las garantías individuales⁴⁶².

Como respecto de estas teorías se ha afirmado, las mismas no son sino una "racionalización encubridora del funcionamiento de dichos mecanismos irracionales"⁴⁶³, lo que vulnera el principio de autonomía política, y pervierte la idea de un Derecho penal democrático, que debe su legitimidad a la aceptación racional por sus destinatarios, degenerando en un Derecho autoritario y tecnocrático. Como tuvimos ocasión de ver, una diferencia esencial entre el liberalismo y el comunitarismo era que en el primero el mandato de la autonomía política exigía que el ordenamiento jurídico, tanto sus normas como sus medios, fuera susceptible de reconocimiento por el acuerdo de todos los intervinientes en el tráfico jurídico-social, para lo que era preciso que el Derecho estuviera asentado en presupuestos racionales y respondiera a los intereses de los ciudadanos; en cambio, en la propuesta comunitarista o, más general, en toda concepción organicista, el Derecho encontraba su fuente de creación y, por ello, de legitimación, en la identidad colectiva de la comunidad, basada en los valores

⁴⁶² El carácter de medio formalizado de control social ha sido especialmente destacado por HASSEMER. *Einführung*, p. 294; *ib. Fines de la pena*, pp. 134 y ss., HASSEMER y MUÑOZ CONDE. *Introducción*, pp. 113 y ss. Crítico con dicha igualación funcional del Derecho penal con otros medios del control social se ha mostrado, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 229 y nota 206, quien ha resaltado la precarización de las garantías individuales a que ello conlleva, afirmando, siguiendo a NAUCKE, que "cuanto más en relación se ponen Derecho penal y mecanismos del control social, más peligro corre la formalización, esto es, las garantías individuales".

⁴⁶³ LUZÓN PEÑA. *Prevención general y psicoanálisis*, p. 153. Crítico también con el fin de integración, SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 235.

morales *de facto* vigentes en la misma, lo que llevaba a un proceso de fundamentación basado en presupuestos irracionales, no susceptibles de ser sometidos a la reflexión crítica de los individuos. Pues bien, dicha oposición racional-irracional puede también trasladarse al ámbito de los efectos de la sanción. En este sentido, se ha afirmado que estas concepciones de la prevención general positiva, las cuales responden a la asunción como *deber ser*, es decir, como fin legítimo de la pena, de procesos irracionales de socialización colectiva, deberían permanecer, para ser efectivas, como "teorías secretas", puesto que los procedimientos empleados por las mismas no serían aceptados racionalmente por los ciudadanos.⁴⁶⁴ Desde un principio democrático, debe resaltarse que una "política criminal orientada a la legitimación debería ir tendencialmente dirigida a la aminoración de dicha irracionalidad, en vez de a reforzar aún más la neurosis colectiva"⁴⁶⁵.

Y similares objeciones pueden emitirse respecto de la función ético-social. Según la interpretación aquí realizada de la teoría de WELZEL y H. MAYER, el origen de la misma radicaría en los presupuestos filosófico-políticos que caracterizan la concepción comunitarista de la sociedad y el Estado, especialmente a partir de su ascendencia hegeliana, desde cuyos presupuestos puede adquirir la misión ético-social su coherencia y legitimación interna. Así, las normas jurídicas supondrían la plasmación institucionalizada de los valores que dan identidad a la comunidad, en los cuales habrían de identificarse los miembros de la misma y por lo que, dada además su legitimidad *a priori* como emanación del Espíritu objetivo, el Derecho se vería legitimado para "configurar las costumbres", para conformar las conciencias individuales en

⁴⁶⁴ Así, BOCK, en *zstW* 103, 1991, p. 653, en especial respecto de la concepción de la culpabilidad de JAKOBS; en el mismo sentido, HÖRNLE y VON HIRSCH, en *GA* 1995, p. 268.
⁴⁶⁵ BOLLINGER, en *KrimJ* 1, 1987, pp. 33 y ss.

torno a esos valores, exigiendo actitudes de fidelidad —entendida como vinculación interna— a las normas, puesto que los ciudadanos, como miembros de la comunidad, han de identificarse moralmente con esas normas. Esta tesis, que es la que puede explicar el origen político de dicha concepción del Derecho penal, parecería verse, no obstante, desmentida por la interpretación posterior de la concepción welzeliana, y quizá por el propio WELZEL, quien, oscilando, como se sabe, entre la influencia de la ideología alemana de los años 30 y el giro que en la concepción política de aquel país supuso la Constitución de Bonn, asumió la protección de los valores de la actitud ético-social no sólo dirigida al fin de la pervivencia histórica de la comunidad, sino como un medio más efectivo para la protección de bienes jurídicos. De esta forma, lo que en un origen aparecía como una concepción dirigida a fines inspirados en determinadas premisas filosófico-políticas pasó a entenderse desde una óptica instrumental, orientado el fin ético-social hacia la efectividad de fines en principio extraños a dichas premisas. Desde esta comprensión, apenas se distinguirían, en cuanto a los medios empleados, la función ético-social de la concepción psicoanalítica de la prevención de intimidación, en tanto en cuanto ambas persiguen la internalización de los valores que se hallan tras las normas jurídicas, la conformación del super-yo, en términos psicoanalíticos, con el fin de una más efectiva evitación de conductas delictivas⁴⁶⁶. Asumiendo de esta forma el

⁴⁶⁶ En todo caso, una diferencia importante, reconducible, a mi juicio, al diverso origen de ambas teorías, es que, mientras la prevención de intimidación psicoanalítica pone el acento preventivo en la amenaza de pena, orientada a crear instancias morales de obediencia, la concepción welzeliana otorga mayor peso a la retribución, precisamente por asumir que esa conciencia de fidelidad, esa identificación moral entre los miembros de la comunidad y el Estado, al modo de Hegel, existe ya de hecho en la colectividad, por lo que la pena impuesta proveerá, dado su carácter reactivo, al mantenimiento o *reafirmación* de la vigencia de esos valores. Cfr. WELZEL, *Strafrecht*, pp. 241 y 242: "Las teorías de la prevención general ven el efecto principal de la pena y, con ello, su función principal, en el influjo psicológico sobre la colectividad para la contención del delito (intimidación); ahora bien, en la medida

fin ético-social, su crítica, al menos en relación al fin último, ya no podría reconducirse a los fines políticos del comunitarismo, pero sí puede realizarse desde premisas liberales, puesto que, en cualquier caso, opera, tanto esta teoría como la prevención de intimidación psicoanalítica, con los mismos medios y argumentaciones antiliberales de dicha teoría política –si bien, insisto, motivados por diferentes presupuestos: la primera en la filosofía política de corte hegeliana y la segunda en una racionalidad consecuencialista puramente pragmática–. En primer lugar, en ambas la supuesta mayor efectividad de la evitación de delitos se realiza a costa de la vulneración del ámbito de autonomía privada de los ciudadanos, al buscar no sólo un respeto externo a la norma, sino asimismo la internalización de las pautas valorativas de las normas y la consiguiente conformación del fuero interno. Y el carácter irracional que resulta de la equivalencia funcional del Derecho con otros medios de control social se traslada asimismo a la relación entre las normas y sus destinatarios, quebrantando el principio liberal que exige que el Derecho legítimo, en palabras de HABERMAS, sea “compatible con un modo de coerción jurídica que no destruya los motivos racionales de obediencia al Derecho”⁴⁶⁷, limitándose a buscar, como ya se ha reiterado, una aceptación externa a las prescripciones jurídicas, y no fomentando actitudes de adhesión interna⁴⁶⁸, estrategia que no puede sino calificarse de autoritaria e

en que, a propósito de ese influjo, se piense en la conformación y fortalecimiento del juicio ético, se trata de un efecto de la retribución justa y sólo de la retribución justa”.

⁴⁶⁷ HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 187. Crítico con ese carácter irracional, entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 78, destacando, por contra, la premisa de racionalidad implícita en la prevención de intimidación clásica.

⁴⁶⁸ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 303: “Personalmente, estimo inconcebible que el Estado democrático acepte de buen grado que las normas penales se tomen como baremo de definición del ámbito ético y de lo antiético. El Derecho penal debe conformarse con proteger los bienes jurídicos mediante un respeto neutro a los principios sostenidos por él, sin tratar de fomentar fenómenos de adhesión personal”. Contra la concepción del Derecho penal como factor de socialización y fortalecedor de actitudes éticas, se han

ilegítima. El trasfondo político de ambas formas de entender la obediencia al Derecho es resaltado claramente desde la filosofía política: “Un régimen de libertad [...] funda la obediencia en móviles racionales y trata de elevar, en todo caso, los problemas políticos al nivel de la autoconsciencia. El autoritarismo, en cambio, confía en poder ocultar estos problemas en la zona de lo reprimido y promueve una obediencia a la autoridad de forma inconsciente”⁴⁶⁹.

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

manifestado asimismo ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 12; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 278; Voss, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 122; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 63; MIR PUIG, *Función fundaméntadora*, p. 132; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 48: “¡Nada más peligroso [...] que confundir las fronteras del Derecho y la Moral, pretendiendo que el primero se convierta en reclamo de actitudes de adhesión y fidelidad!”; QUINTERO, MORALES y PRATS, DP, p. 88, entre otros. Contradictoria, por otra parte, resulta la opinión de CEREZO DE MIRA, PG 1 (1997), por cuanto, no obstante formular la liberal declaración de principios de que “El Derecho penal no puede exigir [...] la moralidad en su aspecto subjetivo, es decir, el cumplimiento de sus normas por la conciencia de su contenido valioso, sino que tiene que conformarse con el acatamiento externo de las mismas aunque se realice por móviles egoístas. La moralidad subjetiva tiene que confiarla necesariamente a la libertad del ciudadano” (pp. 16 y 17), afirma en la página anterior que “La función jurídico-penal consiste esencialmente en el fomento del respeto a los bienes jurídicos. Para fomentar el respeto a los bienes jurídicos, el Derecho ha de tratar de obligar a los ciudadanos en su conciencia, por su contenido valioso, de habituarlos a su cumplimiento (mediante su continuidad) y apelar, incluso, a sus intereses egoístas por medio de la coacción” (p. 15) (cursivas añadidas).

⁴⁶⁹ BILBENY, *Política sin Estado*, pp. 25 y 26, siguiendo a Kelsen.