

Frente a esa concepción, un Derecho penal liberal ha de estar basado en el respeto a dicha autonomía. Ello conlleva, primero, el principio de que el Derecho ha de sostenerse sobre presupuestos racionales, susceptibles entonces de ser sometidos a una discusión intersubjetiva, y, segundo, que el fundamento y los fines del mismo han de poder ser aceptados por todos los afectados. "Para respetar mutuamente nuestra libertad e igualdad como personas razonables y racionales, los ciudadanos de las democracias occidentales no hemos de hacer uso del poder coactivo del Estado contra nuestros conciudadanos excepto cuando quepa razonablemente esperar que lo admitan los sujetos coaccionados"⁴⁷⁰.

La génesis de un Derecho penal de esas características podría formularse como sigue. Los coasociados, conscientes de que una libertad ilimitada implicaría a largo plazo la pérdida general de libertad y seguridad, tenderían a una razonable limitación de la propia libertad en aras de establecer los márgenes de libertad que han de ser respetados para que pueda desarrollarse la libertad de todos. Así, la existencia de normas que limitaran la libertad de todos supondría, desde una ponderación basada en el autointerés, un mayor beneficio que un "estado de naturaleza", que una libertad ilimitada de todos. Indudablemente, para cada individuo lo más *racional* para su interés sería que las normas rigieran sólo para los demás, y que no limitaran su ámbito de libertad⁴⁷¹, pero como ello no sería aceptado por los demás, lo *razonable* para todos, a partir de dicha tendencia al diálogo y a la cooperación, sería el acuerdo de unas normas que limitarían la libertad, siempre que ello

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

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

revirtiera en un mayor beneficio para todos los participantes, al impedir que los demás vulneraran su ámbito de libertad y, por ello, siempre que esas normas rigieran para todos por igual⁴⁷². Pero respecto al acatamiento efectivo de esas normas, no obstante el compromiso implícito del respeto mutuo a la libertad, dicho acuerdo podría no ser por sí mismo suficiente para garantizar una convivencia segura, ya que, desde la perspectiva individual autointerresada, lo *racional* sería vulnerar la norma si ello conlleva un mayor beneficio personal; dado este hecho, el cual es conocido por todos los intervinientes en el pacto —puesto que todos son racionales y saben que los demás lo son— lo *razonable* sería el establecimiento de un sistema de medios coactivos, garante del respeto efectivo de las normas acordadas, que, dentro de unos márgenes mínimos —puesto que a mayor coerción y prevención, mayor pérdida de libertad para todos—, sirviera a dicho fin de protección. En consecuencia, no sería aceptable un fin de retribución, carente de efectos prácticos que beneficien a todos los participantes⁴⁷³, sino que los coasociados optarían por un fin preventivo-general de la pena, que condicionara ya desde el momento de ir a realizarse las acciones de los ciudadanos, motivación producida por el hecho de que la vulneración de las normas no sería, desde la perspectiva del autointerés, racional (ya que la sanción conllevaría más cargas que beneficios) ni razonable (ya que vulneraría las reglas del juego), y que asegurara, en un grado aceptable, la protección del interés de cada uno frente a los ataques de terceras personas⁴⁷⁵. Ello implicaría también que dicho fin de la pena habría de adquirir no sólo un carácter simbólico, sancionador del pacto, sino asimismo un carácter instrumental, dirigido a

472 Ídem.

473 Así, por todos, *ibíd.*, pp. 119 y 128.

474 Así, desde esa perspectiva del acuerdo intersubjetivo, HOERSTER, en *Weinberger-FS*, pp. 233 y ss.; VANBERG. *Abschreckung*, pp. 11 y 13; KINDHAUSER, en *GA* 1989, p. 498; BAUMANN. *Strafe im Rechtsaat*, pp. 122 y ss.

la efectiva protección de los intereses personales de los individuos.

En páginas posteriores se intentará desarrollar estas consideraciones; lo que ahora interesa es resaltar, como líneas generales de un Derecho penal liberal, que ese fin preventivo-general no podría estar basado, entonces, en mecanismos inconscientes e irracionales, ante los cuales no cabría una decisión libre y autónoma respecto del acatamiento de las normas. En suma, dichas funciones latentes quedarían vedadas como fines legítimos de la pena, ya que ni la intrusión en su autonomía privada ni el sometimiento de su libertad al servicio de la satisfacción de deseos irracionales de venganza de la colectividad serían racionalmente aceptados por los coasociados⁴⁷⁵.

2. *Prevención y garantías. Soluciones de síntesis, soluciones de conflicto y el doble fin del Derecho penal*

Como fue expuesto con anterioridad, lo que caracteriza al liberalismo frente a otro tipo de teorías políticas o éticas es la prioridad dada a los derechos individuales frente a todo tipo de satisfacción de intereses o fines supraindividuales. Estos derechos se erigen como una barrera de protección frente a los intereses colectivos y la acción coercitiva del Estado que, a modo de un derecho de defensa, garantiza que principios como el de la dignidad humana o el de autonomía moral no puedan ser supeditados o funcionalizados para el fomento de esos bienes colectivos. Y sobre esos presupuestos ha de analizarse, no sólo los límites a la legitimación de los efectos que sobre la colectividad persigue la pena, sino también la cuestión relativa a la *distribución* de la pena, a la medida

⁴⁷⁵ Cfr., por ejemplo, HOERSTER, en *Weinberger-FS*, pp. 228 a 300; y BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 121 y 122, 129 y ss., en relación a las necesidades irracionales de venganza.

de punición necesaria para esa protección de bienes jurídicos y a sus límites materiales; en otras palabras, al conflicto entre prevención y garantías en el marco de la utilización de la sanción penal. En este ámbito, la discusión no enfrenta tanto al liberalismo y al comunitarismo —si bien, no obstante, la persecución de bienes colectivos como la comunidad misma frente a los intereses individuales responde al mismo criterio de racionalidad consecencialista que el utilitarismo⁴⁷⁶—, sino a la oposición entre liberalismo y utilitarismo. Ya fue mencionado que el utilitarismo está basado en una racionalidad *teleológica*, caracterizada por derivar el juicio sobre la corrección de una acción en función de la satisfacción del mayor bien para el mayor número; frente a ello, en el liberalismo la fundamentación de principios y normas responde a un carácter *deontológico*, a partir de un acuerdo intersubjetivo basado en la razón práctica de los individuos y de carácter vinculante. Ello guarda relación con los dos criterios de legitimación que vimos en la introducción, la legitimidad instrumental y la legitimación valorativa, en el sentido de que, como afirma MAHOFER, mientras la racionalidad instrumental responde a una perspectiva decisoria subjetiva —ya de carácter individual, ya colectiva, como es el caso de la sanción penal—, la racionalidad valorativa viene dada por una perspectiva decisoria *intersubjetiva*⁴⁷⁷. En este sentido, se afirmó que lo que caracteriza a los criterios de la *Wertrationalität* es su legitimidad *con independencia de la satisfacción de resultados*, a diferencia de la racionalidad instrumental utilitarista, que sólo se orienta hacia dicha satisfacción. Desde la acción colectiva de la

⁴⁷⁶ Cfr., por ejemplo, BLUBENY, *Política sin Estado*, pp. 81 y 82, destacando que en los planteamientos autoritarios de HEGEL el fin justificara los medios. Cfr. también NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 212.

⁴⁷⁷ MAHOFER, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, p. 27. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal*, pp. 21 y 22. Cfr. asimismo, en general, sobre la fundamentación intersubjetiva de valores, por oposición a una concepción ontológica de los mismos, HOERSTER, en *JZ* 1982, pp. 265 y ss.

imposición de la sanción penal, ello se traduce en el binomio prevención-garantías, basándose la prevención en la satisfacción de resultados, en la efectividad, y respondiendo el establecimiento de las garantías a dicha lógica de decisión intersubjetiva, la cual, desde presupuestos liberales, estará basada en un acuerdo dialogado en condiciones de imparcialidad, a partir de la razón práctica y de los intereses individuales. Como suele afirmarse, entre la prevención y el respeto a las garantías individuales concurre una relación de conflicto; en este sentido, destaca ROXIN que "la tensión entre la lucha preventiva contra la criminalidad y la salvaguarda liberal de la libertad es un problema cuya relevancia no es menor que en los tiempos de VON LISZT"⁴⁷⁸. Dicho conflicto viene dado porque a mayor eficacia preventiva, a mayor protección para la colectividad, menor protección para los potenciales delincuentes que vayan a caer en las redes del *ius puniendi* y, en suma, mayor reducción del ámbito de libertad de todos los ciudadanos. Como puede apreciarse, ello es consecuencia de la lógica implícita en la racionalidad utilitarista, en la que se fundamenta la sanción penal. Así, el utilitarismo ha tenido que enfrentarse siempre a objeciones relativas a la distribución del bien, ya que la maximización de la felicidad para el mayor número desatiende la justicia en el reparto equitativo entre personas⁴⁷⁹. En este sentido, las críticas que RAWLS dirige a la doctrina utilitarista, y que son las que le llevan a elaborar una ética de naturaleza deontológica⁴⁸⁰, parten precisamente del

⁴⁷⁸ Cfr. ROXIN. AT 7/69. Especialmente sobre esa relación de conflicto, SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 180, y *pássim*.

⁴⁷⁹ Críticas de esta índole sobre el utilitarismo pueden encontrarse en NINO. *Introducción al análisis del Derecho*, p. 400; WILLIAMS. *Der Begriff der Moral*, p. 102; FRANKENA. *Analytische Ethik*, p. 54.

⁴⁸⁰ En relación a esto, afirma NINO. *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 400 y 401, que ha sido la generalizada insatisfacción hacia esos problemas del utilitarismo lo que en los últimos años ha llevado a muchos autores —entre los que destaca RAWLS, que defendió primero el utilitarismo (cfr. su artículo *Zwei Regelbegriffe*)— a elaborar teorías de naturaleza deontológica.

hecho de que el utilitarismo adopta "para la sociedad, como un todo, el principio de elección racional del individuo"⁴⁸¹, respondiendo a esa perspectiva de decisión subjetiva de la racionalidad instrumental y, por lo demás, comunitarista, y no intersubjetiva, de forma que los intereses individuales, en caso de entrar en conflicto con los de la colectividad, quedarán supeditados a la elección de la mayor satisfacción social. "El utilitarismo no considera seriamente la distinción entre personas"⁴⁸², resalta este autor; en suma, "el utilitarismo no es individualista"⁴⁸³, sino que, por el contrario, como afirma NINO, poniéndolo también en relación con el substrato del comunitarismo, parte "de un carácter agregativo y, por ende, holista"⁴⁸⁴.

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

481 RAWLS. *Teoría de la justicia*, p. 45.

482 *Ibid.*, p. 46.

483 *Ibid.*, p. 48.

484 NINO. *Ética y derechos humanos*, p. 212.

propia lógica preventiva pueden imponerse límites a la inercia preventiva estatal. Son las teorías que, negando dicha situación de conflicto, establecen una solución de síntesis a la relación entre la prevención y las garantías.

Como se acaba de afirmar, lo que caracteriza a dichas *soluciones de síntesis* es la presunción de que no es preciso establecer límites externos a la propia lógica preventiva, puesto que ésta conlleva en sí misma su propia autolimitación, y consigue, por tanto, evitar situaciones como la punición de inimputables o en general la tendencia a la agravación del grado de la pena, situaciones que clásicamente han venido criticándose de la racionalidad utilitarista maximizadora de la prevención. Dentro de este grupo, pueden distinguirse a su vez dos concepciones, respondiendo cada una a las dos formas de prevención general.

En primer lugar, la solución de síntesis se defiende desde la prevención general negativa. Los defensores de esta postura sostienen que la prevención no ha de llevar a la punición de inimputables, puesto que la utilización de la pena sobre esa clase de personas no es preventivamente necesaria: desde la amenaza de pena, porque no son motivables por la misma; pero tampoco la imposición de una pena a un inimputable tendría efectos de intimidación sobre futuros delincuentes, y ello, se afirma, porque entre los individuos imputables se da un "proceso de identificación", lo que les permite diferenciar efectos preventivos con respecto a los inimputables. Se afirma, así, que "la impunidad del loco en nada relaja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los 'imputables'; éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí que les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente"⁴⁸⁵.

485 GIMBERNAT. *Sistema*, pp. 176 y 177; en igual sentido, *ib.* ¿Tiene un futuro...?, p. 157. Le sigue LUZÓN. *Medición*, pp. 38 y ss., 46 y ss.; *ib.* *Prevención general*, pp. 144 y ss.

La solución de síntesis es defendida también desde la prevención general positiva. La forma de solucionar la tensión entre prevención y retribución de esta teoría presenta una especial particularidad. A diferencia de la concepción anterior, que prescinde de cualquier referencia a principios subyacentes a la retribución, esta forma preventiva atribuida a la pena extrae la veta utilitarista precisamente del propio pensamiento retributivo. La prevención general positiva hace suyo un hecho que ya venía evidenciándose desde hacía años en la concepción absoluta de la pena, consistente en la paradójica "persecución de fines y negación de fines"⁴⁸⁶, en que tras la aparente desvinculación de todo fin latía cierto *telos* vinculado a la influencia de la pena en el colectivo social respecto a la vigencia del Derecho, mucho más mundano y contingente que la pretensión metafísica de justicia. El recurso a la funcionalidad del aspecto retributivo de que se nutre la prevención general positiva implica la asunción de una relación de reciprocidad entre utilidad y justicia: no sólo la pena útil es la pena justa, sino que también sólo "la pena justa es la pena útil". La prevención general positiva no busca producir efectos preventivos a través de la intimidación, sino que tal prevención se busca mediatamente, como ya vimos, a través de la pena impuesta, por medio de la estabilización de la conciencia jurídica colectiva y el restablecimiento del equilibrio psico-social alterado por el delito. Así contemplada, se afirma que sólo la pena ajustada a la culpabilidad puede ser aceptada socialmente y cumplir su misión de mantener la confianza y ejercer la fidelidad en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, a juicio de sus defensores, la prevención general positiva incorpora en sus fines su propia limitación y consigue evitar la tendencia al terror penal propia de la prevención de intimidación, ya que la punición de inimputables o la imposición de penas que superaran lo ajustado a la culpabilidad irían en

486 HASSEMER. *Fines de la pena*, p. 126.

detrimento de la aceptación del Derecho como orden justo por la comunidad⁴⁸⁷.

Ciertamente, a primera vista las soluciones de síntesis se presentan más convincentes y operativas, en tanto en cuanto permiten atender a las exigencias garantísticas sin abandonar la fundamentación utilitarista —maximizadora de la prevención— que debe legitimar toda la labor de la institución penal, evitando además las a veces irreductibles antinomias que produce el enfrentamiento de principios opuestos propio de las soluciones de conflicto. Sin embargo, es la pretendida armonía con que se afirma que puede resolverse el permanente binomio utilitarismo-justicia la que genera dudas respecto de la viabilidad de tal propuesta.

Con respecto a las posiciones derivadas de la versión del utilitarismo clásico en Derecho penal, es decir, sobre la prevención de intimidación, ya BENTHAM se había esforzado por extraer límites a la misma sin abandonar el seno de su doctrina ética, afirmando que la prevención presupone un principio de responsabilidad, puesto que el efecto intimidatorio sólo puede producirse sobre personas capaces de comprender el sentido de la amenaza y actuar en consecuencia al mismo⁴⁸⁸. Pero la ingenuidad de que pecaba esta postura la convertía en objeto de fáciles críticas. Así, HART calificó los argumentos de este autor como un "espectacular *non sequitur*": todo lo que demuestra con sus afirmaciones es que la

487 Cfr. MÜLLER-DIETZ, en *Jescheck-FS*, pp. 818 y ss.; ZEPF, en *Pallin-FS*, pp. 308 y ss.; ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, pp. 11 y 12. Cfr., además, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 134, sobre la tesis de NOWAKOWSKI y NOLL; pp. 263 y ss. y *passim*. Cfr. también MIR PUIG, *Función fundamentadora*, pp. 129 y ss., quien plantea la prevención general positiva atendiendo exclusivamente a sus límites frente a los excesos inherentes a la intimidación, rechazando, en cambio, las concepciones que pretenden servirse de dicho fin de la pena como fundamento y legitimación de la pena y del Derecho penal. Cfr. *infra* en este epígrafe sobre esta posición.

488 Sobre la postura de BENTHAM, cfr. BAURMANN, *Folgenorientierung*, pp. 19 y ss.

amenaza de pena no tendría efecto sobre los inimputables, pero nada dice respecto del hecho de que la punición de un inimputable no vaya a tener efectos preventivos frente a eventuales terceros imputables, lo cual es, afirma el jurista anglosajón, perfectamente factible⁴⁸⁹. No obstante, desde las filas de la prevención general negativa se ha dado respuesta a esa cuestión: es, como ha sido destacado, ese proceso de identificación entre imputables lo que permite separar cognitivamente efectos preventivos entre ambos grupos de individuos. ¿Pero hasta qué punto resulta convincente tal afirmación? Puede, en principio, ser plausible que los individuos accesibles al mandato normativo no deducirían una relativización de la amenaza si quedara impune un oligofrénico profundo, pero tal presunción pierde fuerza si nos referimos a otro tipo de inimputables como menores de edad, o si la impunidad es consecuencia de un error (invencible) de prohibición⁴⁹⁰. Una teoría que pretenda fundar un límite firme, es decir, no contingente, a la punición indiscriminada de inimputables debe estar en disposición de demostrar que dicho límite puede justificarse en todos los casos, y no sólo generalmente. Además, para poder ofrecer un límite seguro, el razonamiento utilitarista sobre el fundamento de la limitación debe poder argumentarse también en sentido positivo: desde esta postura todo lo que se afirma es que "las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los 'inimputables' quedan exentos de responsabilidad criminal"⁴⁹¹, pero nada dice respecto de que la punición a un inimputable no haya de aumentar dicho vigor inhibitorio sobre los futuros delincuentes imputables. Y si no lo hace es porque, a mi juicio, no puede

489 HART, *Prolegomenon*, p. 19. Cfr. también KIM, *Zur Fragwürdigkeit*, p. 107, citando a BURKHARDT.

490 GIMBERNAT extiende la idea de la identificación también respecto a los sujetos en error de prohibición. Cfr. *Sistema*, pp. 177 y 178. Críticas similares se encuentran en PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 149 y ss.

491 GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro...?*, p. 157.

encontrarse dentro de la tendencia preventiva una razón convincente que permita dicha afirmación. En otras palabras, si el único fin –y límite– de la pena es la intimidación no puede garantizarse que no vaya a aplicarse la pena a sujetos inimputables cuando ello sea necesario. Y, si lo que se pretende es garantizar la impunidad de estos sujetos en todos los casos, y no sólo, generalmente, la afirmación de que tal necesidad se daría sólo en situaciones excepcionales no puede servir para justificar esta postura. Sin duda, contradice todas nuestras nociones de justicia el uso de la sanción penal sobre quien no ha podido tomar una decisión frente a la amenaza, pero se hace preciso un principio deontológico –es decir, inmune a las argumentaciones teleológico-preventivas– que pueda oponerse a la imposición de pena en estos casos. Ello se evidencia, por ejemplo, en la postura de MIR, quien, después de plantearse la posibilidad de derivar la responsabilidad penal desde el criterio de la (ausencia de) *necesidad* de pena, termina por fundamentar su idea de la motivabilidad normal en referencia a premisas deontológicas, afirmando que “es imprescindible introducir un momento *normativo* esencial: en un Estado social y democrático de Derecho no se considera *justo* llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad [...] el fundamento de dicha exclusión de la culpabilidad no puede verse en la imposibilidad total de prevenir los delitos, sino en un planteamiento *valorativo* que conduce a imponer un *límite* a la posibilidad de castigar a quien actúa sin culpabilidad [...] vulneraría el principio de *igualdad real ante la ley* el tratar a los inimputables desconociendo que carecen de dicha capacidad normal”⁴⁹².

Esta parece ser, en cambio, la postura de la segunda de las soluciones de síntesis, si, como hemos dicho, la prevención general positiva incorpora el pensamiento retributivo sin abandonar

⁴⁹² MIR PUIG. *Función*, pp. 85 y 86; cursivas en el original.

las premisas de cariz teleológico, y sólo desde la pena ajustada a la culpabilidad han de plantearse efectos preventivos. Se afirma, así, que la imposición de pena sólo sería necesaria cuando la impunidad del delincuente no pudiera asumirse por la población sin que se quebrantara su fidelidad al ordenamiento⁴⁹³. Pero, desde un planteamiento consecuente de la prevención general positiva, dicha proposición debe también invertirse: si el fin del Derecho penal es la estabilización de la conciencia jurídica y el reforzamiento de la fidelidad al ordenamiento de la colectividad, habrá de imponerse una pena siempre que sea necesario para ese fin de estabilización, y el hecho de que se haya cometido un delito implicará *per se* una presunción del debilitamiento de la norma; asimismo, la distribución de la pena –a quién y cómo– vendrá exclusivamente dada por dichas necesidades. Como afirma JAKOBS –quien, si bien su fin de la pena responde a premisas liberales, como ya se sostuvo, en materia de su distribución abandona toda atención a las garantías individuales–, la “culpabilidad se fundamenta en la prevención general [...] y se mide conforme a dicha prevención”⁴⁹⁴. En otras palabras, el aspecto positivo –el “núcleo de verdad”, en palabras de JELLINEK– que yacía en la idea de retribución, consistente en la atención a la justicia de la medida del castigo, pudiendo así operar como límite a la tendencia expansiva de la lógica preventiva⁴⁹⁵, es funcionalizado en aras de intereses preventivos, y lo que aparecía como premisas deontológicas pasa a convertirse en criterios de carácter exclusivamente funcional a dichos fines de estabilización, por lo que la potencialidad limitativa

⁴⁹³ MÜLLER-DIETZ, en JESCHECK-FS, p. 818; STRENG. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 12.

⁴⁹⁴ JAKOBS. *Culpabilidad y prevención*, p. 78. Cfr. asimismo, JAKOBS. AT 17/22, 17/31.

⁴⁹⁵ Ese aspecto positivo de la idea de la retribución es puesto de manifiesto, entre otros, ya por JELLINEK. *Die sozialethische Bedeutung*, p. 105; también HART. *Prolegomenon*, p. 12; De TOLEDO. *Sobre el concepto*, p. 204; HASSEMER. *Fines de la pena*, p. 125; BAURMANN. *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 122 y 123; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, pp. 206 y 207; BETEGÓN. *La justificación del castigo*, p. 332: “los principios del retribucionismo pueden representar una valiosa restricción de la poderosa razón del bien social frente al individuo”.

de las mismas es más que discutible: ¿cómo se resuelve el conflicto que surgiría si la aplicación de principios de justicia limitativos de la punición resultara disfuncional a dicha finalidad? ¿Habría de optarse por la punición de un inimputable si ello revirtiera efectos estabilizadores en el colectivo social? Desde la lógica exclusivamente consecuencialista que presenta este modelo la respuesta no puede ser sino afirmativa.

Respecto de esos pretendidos efectos preventivos que conlleva la misma aplicación de criterios de justicia propugnados por esta postura doctrinal, la cuestión decisiva a plantear es qué contenido se atribuye a esos criterios y desde qué instancia argumentativa son inferidos. En este sentido, cabe distinguir, dentro de la prevención general positiva, dos formas diferentes de interrelación entre prevención y culpabilidad: *fundamentación y compatibilidad*. Así, no es lo mismo afirmar que la culpabilidad se fundamenta en criterios preventivos, que afirmar que el mantenimiento del principio de culpabilidad –derivado de argumentos externos a la racionalidad utilitarista– será compatible con los efectos preventivos de la pena⁴⁹⁶. Dicha dualidad de criterios en la relación entre la culpabilidad y la prevención oscila y se mezcla en las diferentes concepciones mantenidas por la doctrina sobre la prevención general positiva, y viene a corresponderse con la distinción planteada por MIR PUIG entre la función fundamentadora y la función limitadora de la prevención general positiva⁴⁹⁷. Desde la posición fundamentadora, los principios garantísticos de justicia son vacíos de contenido deontológico, y su comprensión se obtiene, como ya hemos visto, exclusivamente de la racionalidad final preventiva: “la pena adecuada a la culpabilidad es, por definición, la pena necesaria para la estabilización de la norma”, manifiesta

⁴⁹⁶ La distinción procede de BAURMANN. *Folgenorientierung*, p. 26.

⁴⁹⁷ Cfr. MIR PUIG. *Función fundamentadora*, pp. 129 y ss.

JAKOBS⁴⁹⁸. Así, en esta concepción, la idea de justicia se tergiversa y modifica en aras de su contingente virtualidad funcional, para convertirse en el sentimiento psico-social de lo justo en una situación concreta, como vimos respecto de los autores partidarios del fin de integración. La idea de la retribución, de cuyos principios pretende partir este sector doctrinal, es concebida en realidad como la “necesidad social de retribución”⁴⁹⁹. La estabilización de la conciencia del Derecho se realiza, entonces, aplicando la pena como medio para canalizar la necesidad individual o colectiva de retribución y venganza, o para satisfacer las a veces mediáticamente creadas exigencias de seguridad⁵⁰⁰, por lo que las garantías hacia el individuo a quien se impone la pena se harán depender íntegramente del grado de indignación o repulsa o temor que despierte la acción delictiva en la opinión pública. Si el componente deontológico de la culpabilidad se transforma en teleológico, nada queda, por tanto, de la referencia garantística que se predicaba de los principios inherentes a la retribución⁵⁰¹.

Por otra parte, la pretensión de ofrecer una limitación frente a la tendencia al terror penal de la intimidación se muestra absolutamente ineficaz. Como acertadamente se ha objetado, dichas exigencias de venganza pueden implicar un mayor grado de punición que el necesario para la intimidación⁵⁰²; y lo cierto es que el hecho

⁴⁹⁸ JAKOBS. *AT* 17/31.

⁴⁹⁹ Cfr., de nuevo, STRENG, en *zstw* 92, 1980, p. 649; ACHENBACH. *Imputación individual*, p. 140.

⁵⁰⁰ Sobre la relación entre el sentimiento de amenaza y las exigencias de seguridad ciudadana con la tendencia al aumento de rigor punitivo, cfr. por ejemplo, HASSEMER. *El destino de los derechos del ciudadano*, pp. 189 y ss.

⁵⁰¹ Crítico con la sustitución de criterios garantísticos fundamentados en premisas axiológicas por la tergiversación de los mismos en función de exigencias irracionales de la colectividad, SILVA SANCHEZ. *Aproximación*, pp. 234 y ss. También LUZÓN PEÑA. *Prevención*, p. 154; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 182; BOCK, en *zstw* 103, 1991, pp. 636 y ss. (647).

⁵⁰² Así LUZÓN PEÑA. *Prevención*, p. 149.

de que la punición de inimputables o inocentes pueda ser funcional a los fines de estabilización y pacificación social apenas puede dudarse⁵⁰³. Respecto a la punición de inimputables, la síntesis que pretende la prevención general positiva respecto a la culpabilidad implica aún menor potencialidad limitativa que la prevención de intimidación. Así, mientras que esta última teoría, al otorgar el mayor peso preventivo al momento de conminación penal absoluta, permite al menos la posibilidad de individualizar la relación subjetiva del autor con su acción en base a la motivabilidad de éste frente a la norma, ofreciendo tras la normativización del juicio de atribución de responsabilidad un substrato fáctico psicológico-individual empíricamente –al menos potencialmente– verificable⁵⁰⁴, la prevención general positiva, al centrarse en el momento impositivo de la pena, renuncia o relativiza esa individualización, relacionando al autor con su acción desde los efectos psicosociales que se presume que ésta genera en la colectividad. Ello se muestra con especial evidencia en las tesis de JAKOBS⁵⁰⁵, para quien, asumiendo una total normativización funcional de la culpabilidad, los criterios individuales –estado psíquico, motivabilidad, conocimiento de la prohibición, etc.–, son sólo relevantes en tanto en cuanto es posible resolver el conflicto (quebrantamiento de la vigencia de la norma) de otra forma que no sea la

⁵⁰³ Ello se manifiesta en el ejemplo hipotético de McCLOSKEY, citado por NINO. *Introducción*, p. 430, empleado para demostrar las consecuencias a que puede llevar el solo pensamiento preventivo: en un pueblo del sur de los Estados Unidos se produce una violación de una mujer blanca por un negro que es imposible hallar y, ante la amenaza de los blancos de linchar a un buen número de negros, el sheriff utilitarista inventa pruebas sobre un negro inocente para satisfacer las ansias de venganza de la colectividad.

⁵⁰⁴ Sobre la relevancia de criterios empíricamente verificables para la racionalización y control de la arbitrariedad en el Derecho penal, cfr. BAURMANN. *Schuldlose Dogmatik?*, pp. 206 y ss., 263; LÜDERSSEN, en *zsfw* 107, 1995, pp. 893 y ss.

⁵⁰⁵ Sobre lo siguiente, cfr. JAKOBS. *AT* 17/18 ss. (concepto funcional de la culpabilidad y fines de la imputación subjetiva), 17/29 y ss. (fundamento [y negación de función de límite] de la culpabilidad), 18/1 (inimputabilidad). Cfr. también la exposición de PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, pp. 160 y ss.

imputación del autor como responsable del mismo y la consiguiente imposición de la pena. Así, el quebrantamiento de la expectativa producido por la acción delictiva de un inimputable puede procesarse como si de una expectativa cognitiva se tratara, asumiendo la sociedad tal frustración y no siendo, por ello, precisa la imposición de pena. Pero lo relevante no es, en sí, la condición de inimputabilidad del sujeto, ni, por tanto, su capacidad para motivarse frente a la norma, sino la forma en que la colectividad asume el conflicto; en otras palabras, si la acción de un inimputable es idónea para desestabilizar la conciencia jurídica social, si, en otras palabras, surge de dicha acción una necesidad colectiva de venganza o de seguridad –la cual es, por otra parte, imposible de verificar empíricamente, por lo que, en la praxis, la decisión se abandona totalmente al criterio del juez de turno–, el conflicto deberá solucionarse atribuyendo al autor inimputable la frustración de la expectativa: imponiéndose, por ello, la pena para estabilizar la vigencia de la norma⁵⁰⁶. En suma, desde la versión de la prevención general positiva que pretende *fundamentar* sus propios límites toda garantía para el individuo desaparece en aras de la maximización funcional del fin de estabilización.

No obstante, es indudable que el sistema del Derecho penal, a la hora de tomar decisiones tanto legislativas como judiciales, no puede desvincularse de las representaciones de justicia asumidas por la sociedad. Y ello atendiendo tanto a razones pragmáticas como de legitimación: desde éstas, porque ya vimos que en un Estado democrático y liberal ha de partirse de que el Derecho –y con él el Estado– es un instrumento establecido por los ciudadanos

⁵⁰⁶ Críticas respecto a la postura de JAKOBS en materia de culpabilidad se encuentran en STRATENWERTH. *El futuro*, pp. 112 y ss.; KM. *Fragwürdigkeit*, pp. 96 y ss.; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, pp. 168 y ss., 174 y ss.; SCHÖNEMANN. *La función del principio de culpabilidad*, p. 160; ROXIN. *AT* 19/31 ss.; HIRSCH, en *NDP* 1996, pp. 31 y ss.

para la satisfacción y protección de sus intereses; desde aquéllas, porque todo sistema normativo persigue el reconocimiento de sus normas y de sus consecuencias jurídicas como prescripciones y acciones racionales y razonables, y sólo cuando la actividad del Derecho penal armonice con las convicciones mantenidas sobre sus criterios rectores por la sociedad podrá consolidarse su aceptación y, por tanto, servir fructíferamente a los fines a los que está llamado. En este sentido, como se afirmó desde una perspectiva liberal, la estabilidad del Derecho penal, el respeto a sus normas, depende en gran medida de que responda al acuerdo hipotético que realizarían ciudadanos racionales autointeresados; en otras palabras: *la estabilidad dependerá de su legitimidad*. Tales son, en esencia, los fundamentos en los que se sostiene el criterio de la *compatibilidad* del principio de la culpabilidad con la finalidad preventiva, el cual parece corresponderse, como ya se mencionó, con la faceta limitadora de la prevención general positiva resalta-da por algunos autores⁵⁰⁷. Desde esta posición se rechaza que la culpabilidad se fundamente únicamente en las necesidades de prevención, sino que se parte de que la culpabilidad, así como los criterios garantísticos implícitos o adyacentes a ésta, no son incompatibles con las necesidades de prevención, por el hecho de que dichos criterios limitativos –proporcionalidad, principio de responsabilidad subjetiva, principio de humanidad, etc.– se corresponden con las valoraciones de justicia mantenidas en la

507 Además de MIR PUIG, pueden citarse –según el primero (las referencias bibliográficas son, en cambio, otras)– a ZIPF, en *Pallin-FS*, pp. 479 y ss.; HASSEMER, *Einführung*, pp. 297 y ss.; *Id. Fines de la pena*, pp. 117 y ss. (132 y ss.); ROXIN, *Wiedergutmachung*, pp. 37 y ss. (48); *Id. AT 2/27, 3/36* y ss. No obstante, cabe dudar de que estos autores asuman sólo una función limitadora de la prevención general positiva. Por un lado, prácticamente los tres admiten como fin legítimo la función ético-social, consistente en la internalización de los valores plasmados en las normas, fin que MIR PUIG identifica con una concepción fundamentadora de la prevención general positiva (cfr. MIR PUIG, *Función fundamentadora*, pp. 132 y ss.). Por otro lado, en ocasiones oscilan entre el principio de culpabilidad como límite a la prevención y como correlato de la necesidad psico-social de estabilización.

sociedad⁵⁰⁸. En este sentido, no parece mantenerse, como la anterior versión de la prevención general positiva, que la pena haya de imponerse siempre que sea preciso y en el grado necesario para satisfacer los sentimientos de justicia (venganza), sino que se sostiene, por un lado, que las penas que sobrepasen las convicciones de justicia no podrán ser asumidas por la sociedad, fomentándose por tanto el no reconocimiento del Derecho –así ROXIN⁵⁰⁹– o, por otro, que si el efecto preventivo no sólo ha de realizarse a través de la intimidación, sino también por medio de una “razonable afirmación del Derecho”, la prevención habrá de limitarse por una serie de principios que deben restringir el Derecho penal en un Estado democrático de Derecho –así MIR PUIG⁵¹⁰–. A pesar de la semejanza terminológica con la versión fundamentadora de la prevención general positiva, lo cierto es que –al menos en la posición de MIR– esta comprensión parece acercarse más a las soluciones de conflicto que a las de síntesis. Aquí, en principio, ya no se sacrifican exigencias de justicia en aras de la sublimación, vía chivo expiatorio, de los impulsos agresivos de la colectividad, sino que se parte de la tesis de que los principios garantísticos –no funcionalizados– obtenidos de la tradición filosófica liberal y explícita o implícitamente plasmados en los textos constitucionales son los mantenidos por la sociedad en sus expectativas respecto a la actuación del poder punitivo estatal; y sólo a partir de esa tesis puede afirmarse el efecto preventivo de aceptación del ordenamiento. Lo acabado de afirmar se hace patente, por ejemplo, en la postura de PÉREZ MANZANO, cercana a la de MIR en este punto, cuando pone de manifiesto que la puesta en práctica de criterios de prevención especial en la ejecución de la pena vendrá

508 ROXIN, *AT 3/47*; MIR PUIG, *PG 3/21*.

509 Cfr. ROXIN, *AT 3/47*; *Wiedergutmachung*, p. 48. Similar, MÜLLER-DIETZ, en *Jescheck-FS*, p. 818.

510 MIR PUIG, *PG 3/21*. Similar, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 288 y ss.

justificada en orden a la satisfacción de las exigencias sociales de justicia, ya que el hecho de que dicha función de la pena venga acogida por la Constitución española "puede ser interpretado como el resultado de un consenso sobre la necesidad de tener en cuenta la resocialización del delincuente"⁵¹¹. Como puede apreciarse, poco tiene que ver la noción de justicia mantenida por estos autores con la basada en la estabilización social a partir de la satisfacción de necesidades irracionales de venganza. La referencia a la idea del *consenso* puede permitirnos profundizar en esa diferencia. Así, mientras la funcionalización de las garantías individuales sirve a la *producción* coyuntural de consenso social, esta última posición, de talante liberal, parece asumir principios *obtenidos* en un consenso previo, y es esta premisa la que permite afirmar a estos autores que la atención a dichos principios operará en consonancia con las valoraciones mantenidas por la sociedad, motivando, en consecuencia, a un reconocimiento a largo plazo del Derecho y sus instrumentos. Respecto de ello, debe resaltarse, no obstante, que, como ya vimos, los modelos de contrato social como el rawlsiano operan como un procedimiento de *legitimación* de instituciones públicas; por ello, es de carácter ficticio, basado en lo que los ciudadanos, empleando su capacidad reflexiva mutuamente atribuida, hipotéticamente acordarían; no responde, entonces, a la idea de un consenso fáctico producido en un momento concreto. Ello es lo que otorga el carácter deontológico de validez normativa a los principios y normas acordados, los cuales no verán su validez comprometida en función del "estado cognitivo de justicia", por llamarlo de alguna forma, existente en la sociedad en un momento dado, perteneciente al ámbito fáctico. Así, ese tipo de consenso hipotético no debe confundirse con el consenso fáctico y efectivo a corto o a largo plazo; es decir, como resaltaba

⁵¹¹ PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, pp. 273 y 274.

RAWLS, el ámbito de la legitimidad no debe confundirse con el de la estabilidad. Es indudable, como vimos, que la legitimación basada en principios de justicia había de tener su relevancia en relación a la estabilidad⁵¹²; según RAWLS, un orden justo tendería a la autorreproducción de su propia estabilidad. Ello podría llevar a asumir, con cierto grado de plausibilidad, que un orden justo será, en general y a más largo plazo, más estable que uno injusto, por lo que en la justicia –en los principios garantísticos– cabría hallar una vertiente pragmática⁵¹³. Así, podría mantenerse que, si bien la punición sometida a las exigencias irracionales de venganza fomentaría a corto plazo una estabilidad coyuntural, a largo plazo degeneraría en inestabilidad, puesto que la imagen que la colectividad se formaría del *ius puniendi* sería la de un instrumento opresor y coactivo⁵¹⁴. Por el contrario, es sólo en el sentido de justicia en cuanto presunción de estabilidad a largo plazo como sería aceptable la tesis de la prevención general positiva de que la justicia ejerce un efecto preventivo, tesis más plausible quizá en su vertiente negativa –que viene a ser la mantenida por la faceta limitadora de la prevención general positiva–, la cual afirma que una pena que resulte a todas luces injusta resultaría ser preventivamente contraproducente, puesto que minaría la confianza en el Derecho como un orden legítimo y sometido a principios de justicia⁵¹⁵. Pero lo que debe destacarse es que el establecimiento de principios garantísticos bajo ese acuerdo hipotético responde al ámbito de la legitimación, y no al de la estabilidad. Expresado de

⁵¹² Así también, WITTIG, en *zstw* 107, 1995, pp. 256 y 257.

⁵¹³ En este sentido afirma NAGEL. *Conflicto moral*, p. 91: "‘justificación’ no quiere decir aquí ‘persuasión’. Es un concepto normativo: los argumentos que justifican pueden no persuadir si se dirigen a una audiencia poco razonable, y los argumentos que persuaden pueden fracasar como justificaciones. Sin embargo, las justificaciones confían en persuadir a los razonables y, por lo tanto, esos intentos tienen un objetivo práctico: el acuerdo amplio en torno a los principios que subyacen a un orden político favorece la estabilidad política".

⁵¹⁴ Así, entre otros, VOSS. *Symbolische Gesetzgebung*, p. 134.

⁵¹⁵ Así, por ejemplo, KUNZ, en *zstw* 98, 1986, p. 832.

otra forma: el respeto a las garantías individuales, si bien es factible afirmar su *compatibilidad* con una estabilidad pro futuro, no puede *fundamentarse* en consideraciones preventivas, sino en un razonamiento basado en la justicia; sólo así cabría atribuirle carácter deontológico –independiente de la satisfacción de resultados– y proscribir que su contenido pudiera verse funcionalizado en aras de obtener una estabilidad inmediata, lo que ocurriría si el fundamento de dichas garantías fuera teleológico. Así, por ejemplo, afirma ANTÓN ONECA que la pena justa es la pena ejemplar⁵¹⁶. Pero hay una gran diferencia entre sostener que la pena es ejemplar porque es justa, y sostener que la pena es justa porque es ejemplar. Siguiendo su terminología, lo que quiere afirmarse es que la pena justa podrá ser ejemplar, y conllevar así un efecto preventivo, pero, dada su naturaleza deontológica, la pena habrá de ser justa aunque no sea, en el caso concreto, ejemplar; a diferencia de la concepciones que parten de la premisa opuesta, teleológica, para las que la pena ejemplar será la pena justa, por el mero y pragmático hecho de ser ejemplar. Como se dijo, en el liberalismo la estabilidad no puede obtenerse a cualquier precio, por lo que la prioridad a los derechos individuales ha de mantenerse aun a costa de la inestabilidad a corto plazo. Ello no obstaría, en cualquier caso, a sostener que, bajo ciertas condiciones, el respeto a los derechos individuales, a dichas garantías, revirtiera en una mayor estabilidad, en un mayor respeto a las normas. Pero, a diferencia de esta línea de pensamiento, toda solución de síntesis, desde la cual las garantías individuales parecen venir directamente *fundadas* en criterios consecencialistas, se enfrenta al dilema de que la opción por una estabilización inmediata o por un efecto de desestabilización a corto plazo en aras de conseguir un hipotético reconocimiento del Derecho a largo plazo se presenta como una decisión prácticamente irresoluble. Ante tal dilema, podría

⁵¹⁶ ANTÓN ONECA. *La prevención general*, p. 93.

hablarse de un conflicto dentro de la misma lógica utilitarista. Así, desde el principio de la *economía* de las sanciones, cabría optar por la segunda solución, siempre que la primera implicara un mayor grado de punición, hecho que la práctica suele corroborar. En cambio, los criterios de *efectividad* y *necesidad* obligarían a optar por la primera posibilidad, dado que el efecto de reconocimiento a largo plazo es, frente al realizable a corto plazo, ciertamente menos plausible empíricamente⁵¹⁷. En cualquier caso, podría dudarse de que la concepción limitadora de la prevención general responda en realidad a una lógica consecencialista, al menos según algunas afirmaciones de sus partidarios⁵¹⁸, pero lo que debe quedar claro es que dichas garantías, si no quieren verse sometidas a la amenaza de su funcionalización, no pueden derivarse de la mera prevención, del mero utilitarismo.

Debe quedar claro, en resumen, que las soluciones de síntesis no son viables, si se pretende una fundamentación sólida y vinculante del respeto a las garantías del individuo y no sólo a los intereses de la colectividad. Respecto de si esas garantías de naturaleza deontológica son *compatibles* con los fines preventivos, a mi juicio es obligado reconocer que en muchos casos ello no será así, que la pena justa no será “ejemplar”, al menos en relación a la estabilidad

⁵¹⁷ Como resalta, por ejemplo, WOLF. *Verhütung oder Vergeltung?*, p. 40, la racionalidad utilitarista es dependiente de los datos arrojados por la verificación empírica.

⁵¹⁸ Ello es patente, por ejemplo, en PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 213: “El argumento conforme al cual la culpabilidad debe ser mantenida porque tiene efectos general integradores, no puede ser esgrimido como fundamental, pues entonces la culpabilidad carece de valor en sí y el criterio determinante son las mudables exigencias sociales. La *necesidad de mantener la culpabilidad es consecuencia de un argumento valorativo derivado de los principios del Estado de Derecho*”; también en MIR PUIG. *Función*, p. 85. Sin embargo, no puede decirse lo mismo, como ya fue resaltado, de otros autores supuestamente vinculados a esta versión limitadora de la prevención general positiva. Como ejemplo, baste confrontar la crítica de la primera autora citada a las tesis de HASSEMER (PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 207).

a corto plazo. Es decir, que debe asumirse el conflicto entre prevención y garantías⁵¹⁹.

Como modelo basado en dicha *solución de conflicto*, merece destacarse una interesante alternativa, surgida especialmente en el ámbito anglosajón, que intenta compatibilizar la justificación utilitarista de la pena con los principios de justicia inherentes a la retribución. Para ello optan por establecer una nítida diferenciación entre la pena como institución social y los actos concretos de imposición de pena. Así, mientras que en la primera cuestión debe dominar una justificación utilitarista, que mira a los efectos positivos a producir en el futuro, el aspecto de la distribución debe estar precedido por los principios propios de la retribución, los cuales miran al pasado, de forma que la pena sólo podrá imponerse legítimamente a personas jurídico-penalmente responsables⁵²⁰. "Sólo si cada uno de los dos principios esenciales en conflicto domina un ámbito diferente –se afirma– puede llegarse a una alianza entre ellos"⁵²¹.

Como se puso de manifiesto en páginas anteriores, la legitimación utilitarista (preventiva) de la pena debía establecerse tanto respecto a su justificación genérica como en cada caso concreto. Expresado según la teoría utilitarista, ello quiere decir que la pena debe legitimarse tanto desde un utilitarismo de la regla como desde un utilitarismo de la acción: la necesidad y los efectos preventivos deben darse también en la aplicación concreta de la pena para que

⁵¹⁹ Así, entre otros, BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, p. 112; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 250: "Su relación es, por el contrario [...] dinámica, de confrontación permanente".

⁵²⁰ Así, RAWLS, *Zwei Regelbegriffe*, pp. 96 a 103, en un artículo anterior a su concepción actual de la *Teoría de la justicia*, cuando aún partía del utilitarismo. Similar, HART, *Prolegomenon*, pp. 3 y ss.; siguen a RAWLS, VANBERG, *Verbrechen*, pp. 8 y ss.; FLEISCHER, en *zsfw* 101, 1989, pp. 813 y ss.

⁵²¹ *Ibid.*, pp. 814 y ss.

ella pueda justificarse; si no es así, se estaría causando un mal innecesario y, por ello, ilegítimo⁵²². Sin embargo, este sector doctrinal, para separar el momento de justificación genérica –óptica del legislador– de la utilización concreta de la pena –óptica del aplicador del Derecho–, se acoge exclusivamente a un utilitarismo de la regla⁵²³. Así, la justificación de un principio de responsabilidad subjetiva se funda en que un Derecho penal que prescindiera del mismo produciría mayores daños que satisfacciones: una institución que partiera de la punición de inocentes implicaría la imposibilidad de adecuar una planificación de las acciones respecto de una pauta regulativa racional y previsible, puesto que la punición no dependería de las posibilidades de acceder a la norma, sino que se presentaría como una cuestión puramente azarosa, creando una situación general de *inseguridad* y terror que a la postre produciría más daños sociales que un Derecho basado en el principio de responsabilidad⁵²⁴. Partiendo de esa premisa utilitarista, se establece una *regla* genérica desde la cual ha de regirse la actividad de los jueces en la aplicación de la sanción, de forma que, aunque en el caso concreto la punición de un inocente pudiera producir un beneficio al mayor número, ello queda vedado a partir de dicha regla. Así, el momento de aplicación de pena

⁵²² La diferencia esencial entre ambas formas utilitarismo es que el utilitarismo del acto exige, para considerar correcta éticamente la acción, que ésta reporte un mayor bien –felicidad, placer, etc.– para el mayor número en el caso y con las circunstancias concretas; mientras que el utilitarismo de la regla establece que una acción es correcta si se atiene a una regla de experiencia que afirma que generalmente ese tipo de acciones generan esos efectos positivos (ejemplo: "mantener las promesas suele implicar un mayor bien"), de forma que, aunque en el caso concreto no fuera así, la acción sería éticamente correcta si satisface la regla. Sobre la división entre ambas clases de utilitarismo, cfr. FRANKENA, *Ethik, Begriff der Moral*, pp. 93 y ss. (103).

⁵²³ El primero en recurrir al utilitarismo de la regla para justificar la pena es RAWLS, *Zwei Regelbegriffe*, pp. 96 y ss. (102 y 103).
⁵²⁴ Así *ibid.*, p. 103; HART, *Prolegomenon*, p. 23; HOEKSTER, en GA 1970, pp. 276 y 277; WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?*, pp. 109 y ss.

no deberá atenderse a criterios utilitaristas derivados del caso concreto, sino que habrá de regirse por pautas cercanas a criterios retributivos, dada la presunción de sus efectos utilitaristas inferidos de dicha regla de experiencia⁵²⁵.

A pesar de la aparente claridad y coherencia de esta opción, lo cierto es que no está exenta de problemas, debidos en parte a la propia distinción que se pretende establecer entre utilitarismo de la regla y de la acción, distinción que desde un punto de vista teórico es ficticia, y desde un punto de vista práctico conlleva soluciones insostenibles. En lo tocante al plano teórico, en la relación de la regla y el acto al utilitarista se le presentan dos opciones⁵²⁶. En primer lugar, la regla puede entenderse como un mero instrumento analítico que facilita las decisiones sobre la acción: en base a la experiencia se determina que una serie de conductas –mantener las promesas, pagar las deudas, aplicar la pena sólo a responsables, etc.– producen por regla general mayor satisfacción; no es, en otras palabras, más que un criterio estandarizado que sirve para facilitar la decisión. Ello implica que la regla no conlleva una relevancia autónoma, no impone al utilitarista un criterio vinculante de decisión, sino que, como mero instrumento de orientación, puede renunciarse a su aplicación si en el caso concreto la regla se demuestra errónea: si de la vulneración de la regla en el caso concreto se produce un mayor beneficio que daño. Desde esta comprensión, apenas habría, en realidad, diferencias entre un utilitarismo de la regla y uno del acto⁵²⁷. No parece ser ésta, sin embargo, la forma del utilitarismo de

⁵²⁵ Además de los autores citados en la nota anterior, se acogen, con algunas matizaciones, a esta postura VANBERG. *Verbrechen*, pp. 8 y ss.; FLETCHER, en *ZStW* 191, 1989, p. 813; NINO. *Introducción*, pp. 430 y 431.

⁵²⁶ Cfr., sobre las siguientes consideraciones, SMART. *Extremes und eingeschränkter Utilitarismus*, pp. 121 y 122; HOERSTER. *Problemas de ética normativa*, pp. 57 y ss.; PAPAGEORGIOU. *Schaden und Strafe*, pp. 66 y 68.

⁵²⁷ SMART. *Extremes und eingeschränkter Utilitarismus*, pp. 124 y 125.

la regla seguida por estos autores, sino que más bien se muestran partidarios de la segunda opción. Desde ésta, la regla se erige como un principio vinculante: deontológico, el cual ha de ser seguido para poder adscribir corrección ética a la acción, independientemente de si las consecuencias en el caso concreto contradicen la expectativa plasmada la regla. Pero el problema de esta comprensión de la regla en forma prescriptiva, casi como un imperativo categórico, es que ya no puede justificarse desde un razonamiento utilitarista: si el quebrantamiento de la regla produce más beneficios que daños, ya no puede haber una razón utilitarista para seguir la misma; y si hay una razón para acatar la regla, a pesar de que ello produzca en el caso concreto más daño que satisfacción, esa razón ya no podrá ser utilitarista⁵²⁸, sino que, como afirma HOERSTER, más que ante un utilitarismo consecuente, estaríamos ante un mero "fetichismo de la regla"⁵²⁹. No es de extrañar que la concepción de estos autores haya sido descalificada afirmando que se trata de una construcción *ad hoc*, que no es en el fondo ni utilitarista ni prevencionista ni, por ello, puede servir a la justificación de la pena⁵³⁰. Como puede apreciarse,

⁵²⁸ En este sentido, K. A. PAPAGEORGIOU. *Schaden und Strafe*, p. 67. Similares críticas al utilitarismo de la regla en WILLIAMS. *Begriff der Moral*, p. 103; FRANKENA. *Ethik*, p. 59.

⁵²⁹ HOERSTER. *Problemas de ética normativa*, p. 56, quien añade que la única opción que le queda a un utilitarista consecuente es "admitir, junto con sus reglas, el principio de utilidad para la solución de sus casos y darle prioridad frente a sus reglas específicas, cuando sea violado en forma manifiesta por la observancia de las reglas relevantes" (p. 54). En igual sentido, SMART. *Extremes und eingeschränkter Utilitarismus*, p. 126: "¿No es absurda la pretensión de que tenemos que respetar la regla [...] si sabemos que en este caso el quebrantamiento de R conllevará mejores resultados que su mantenimiento? ¿No se convierte R en una especie de fetiche si la respetamos a pesar de que su quebrantamiento impediría, por ejemplo, una desgracia evitable? ¿No estamos ante algo así como un culto supersticioso de la regla [...] y no ante el pensamiento racional de un filósofo?".

⁵³⁰ HOERSTER, en *Weinberger-FS*, p. 231. Conviene resaltar el sintomático hecho de que tanto este autor en el ámbito de la justificación de la pena, como Rawls desde la filosofía moral general, han renunciado a dichos planteamientos utilitaristas y han asumido criterios deontológicos; el segundo elaborando su *Teoría de la justicia* sustentado en premisas kantianas, y el primero aplicando las bases de la misma al Derecho penal (cfr. la obra citada de HOERSTER, pp. 235 y ss.).

este sector doctrinal se enfrenta a similares problemas que la versión limitadora de la prevención general positiva, respecto a la elección bajo criterios consecuenciales en relación a la estabilidad a largo y a corto plazo: desde dicha racionalidad teleológica, conminada a la satisfacción efectiva de los fines y a la constatación empírica de dichos resultados, la opción consecuente debería tender a acoger los beneficios a corto plazo, y por ello efectivos y constatables, relegando supuestos e hipotéticos beneficios a largo plazo dispuestos en la regla genérica. En este sentido, y ello es aplicable a toda pretensión de derivar garantías de la lógica preventiva, afirma BAURMANN que el fundamento del principio de responsabilidad desde criterios utilitaristas adolece de una base "débil", ya que su legitimidad se hará siempre depender de la certidumbre fáctica de dicha pretensión de consecución de beneficios plasmados en la regla⁵³¹.

Por otra parte, conviene resaltar que este sector doctrinal no parte en realidad de la prevención de acciones lesivas como el único "bien" perseguido por la ética del resultado utilitarista, sino que la relación satisfacción-daño se establece a partir de criterios de seguridad o bienestar general de la colectividad, los cuales no tienen por qué conducir a los mismos resultados que la prevención a la hora de ponderar las dos variables, por lo que la argumentación no debería, en rigor, mezclar ambos criterios sobre la corrección valorativa de la sanción penal. Así, por ejemplo, cuando HOERSTER afirma que "la intimidación de actos culpables puede, bajo determinadas circunstancias, aumentarse por medio de la punición de acciones inocentes [...] pero este efecto positivo se vería probablemente más que descompensado frente a la *inseguridad general*" que produciría⁵³². Se pretende con ello justificar el fin de prevención de delitos identificándolo con el utilitarismo

531 BAURMANN. *Folgenorientierung*, p. 37.

532 HOERSTER, en GA 1970, p. 277.

penal en general⁵³³. En realidad, lo que se da es un conflicto entre dos criterios de maximización (dos fines de la pena o del Derecho penal). Ello es puesto de manifiesto, por ejemplo, por WOLF, quien manifiesta expresamente que "para el utilitarista no sólo se trata de evitar los peligros que procedan de los ciudadanos, sino de evitar los peligros que procedan del Estado"⁵³⁴. Pero ello, lejos de asimismo de los que procedan del Estado, pone de manifiesto sus imperios servir a la justificación de su tesis, pone de manifiesto sus imperfecciones. Si estamos ante dos fines del Derecho enfrentados, ya en la justificación abstracta de la institución habría que establecer dos reglas diferentes: "la punición de inimputables produce generalmente un mayor efecto intimidatorio" (R1), y "la punición de inimputables produce generalmente una menor seguridad" (R2); reglas que, por ser la primera positiva y la segunda negativa, se oponen mutuamente, por lo que la decisión del caso concreto deberá ser fruto de la ponderación de ambas, habiendo de establecerse una hipotética tercera regla (R3) que sirviera para decidir en dichas situaciones de conflicto, regla que la racionalidad utilitarista no está en disposición de aportar⁵³⁵. Dicho de otra forma, el conflicto no puede solventarse, como parecen creer estos autores, separando ficticiamente entre justificación de la institución y utilización concreta de la pena, ya que en ambos momentos habrán de tenerse en cuenta *ambas* finalidades teleológicas, por lo que el conflicto se reproducirá tanto en la justificación abstracta como en la imposición concreta⁵³⁶. La crítica anterior permite,

533 Ello es claro en HOERSTER, si bien no tanto en otros autores como RAWLS o WOLF, quienes parten, en la discusión, de la oposición general entre utilitarismo y retribucionismo.

534 WOLF. *Verhütung oder Vergeltung?*, p. 110.

535 Sobre los problemas a los que esta versión del utilitarismo se enfrenta a la hora de la aplicación conjunta de dos reglas en conflicto, cfr. HOERSTER. *Problemas de ética normativa*, p. 55.

536 Cfr. la crítica de NEUMANN y SCHROTH. *Neuere Theorien*, p. 37, a HOERSTER, respecto de la incongruencia, desde una perspectiva utilitarista, relativa a la disociación entre justificación abstracta de la pena desde criterios utilitaristas y la aplicación concreta de la misma desde criterios retributivos de justicia.

además, que lleguemos a una conclusión intermedia: la mera idea de la prevención de delitos como *telos* del Derecho penal no está capacitada para proteger otro tipo de intereses que también pueden ser legítimamente perseguidos por el mismo, que son los de los potenciales delincuentes frente al poder estatal.

En tercer y último lugar, y por lo que respecta a las consecuencias de su aplicación práctica, esa disociación entre la pena como institución y la pena como aplicación, separando entre criterios utilitaristas y retribucionistas, respectivamente, corre el riesgo de recuperar no sólo lo positivo, sino también lo negativo del pensamiento retributivo. Ello ocurre, por ejemplo, cuando FLETCHER o HOERSTER pretenden justificar la punición actual de criminales nazis invocando un principio de igualdad, según el cual la impunidad, basada en la ausencia de necesidad preventiva, no sería una solución justa, ya que "un autor concreto sería tratado de forma diferente que otros, no porque él ha actuado de manera distinta, sino sólo porque la sociedad no quiere hacer uso de su condena"⁵³⁷. Ante dichas afirmaciones hay que decir que estos autores parecen confundir lo que son criterios de justicia en la distribución de bienes con lo que son criterios de justicia en la distribución de *males* (pena): los bienes deben repartirse siempre bajo el principio de igualdad, pero no tiene sentido aplicar esa igualdad en la decisión sobre la distribución de males, distribución que sólo puede estar presidida por el requisito de la necesidad, es decir, partiendo del axioma antes citado de que "sólo la pena útil es la pena justa". En otras palabras, en la aplicación concreta de la sanción no puede abandonarse la base utilitarista de la mínima prevención necesaria, por lo que la culpabilidad —o el principio de proporcionalidad, si se quiere— operaría como un *límite máximo*, y

⁵³⁷ FLETCHER, en *ZStW* 101, 1989, p. 813; en similar sentido, argumentando también a partir del ejemplo de los criminales del nazismo, HOERSTER, en *GA* 1970, pp. 274 y 275.

no mínimo, a la prevención, el cual, por tanto, no podría sobrepasarse hacia arriba, aunque fuera preventivamente necesario, pero sí hacia abajo, renunciándose a la aplicación de la pena o imponiéndose una cuantía menor cuando no fuera necesario según dichos intereses preventivos⁵³⁸.

Como se dijo al comienzo de esta digresión sobre la tensión entre la prevención y las garantías individuales, no es intención de estas consideraciones adoptar una postura personal respecto de la culpabilidad y su contenido. Lo único que pretendía resaltarse es que los límites a la aplicación del poder punitivo no pueden extraerse de la propia lógica utilitarista, ya que, dada su racionalidad teleológica, impide establecer cualquier criterio de carácter deontológico, es decir, no instrumentalizable en atención a la maximización de dichos fines preventivos⁵³⁹. En suma, que ningun-

⁵³⁸ En este sentido, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 259. Respecto a lo dicho en el texto, la idea de que la culpabilidad es un criterio limitador es, obviamente, una simplificación. La culpabilidad o responsabilidad subjetiva no encuentra su razón de ser únicamente en dicha función limitadora, sino que se conforma a partir de un complejo de intereses preventivos, por un lado, y de principios garantísticos, por otro, dándose entre ellos un permanente conflicto, que es el manifestado en el texto. Se quiere destacar, en otras palabras, dicho componente garantístico, pero ello no implica que la culpabilidad —ni como categoría, ni como "idea"— esté formada exclusivamente por ese componente: si la culpabilidad no es un estado ontológico, sino una *atribución social* —basada en el reconocimiento mutuo de libertad y autonomía que mencionamos con ocasión de la exposición del concepto de persona, que definía la noción de "persona de Derecho" y donde radicaba el ámbito de la imputación intersubjetiva de responsabilidad, en función de una serie de *deberes* mutuamente asumidos, y de un ámbito de *derechos* individuales que protegían de los excesos coactivos del Estado—, la *adscripción* de responsabilidad sólo tiene sentido, en suma, si existe una necesidad de pena, por lo que sin dicha necesidad preventiva la imputación de responsabilidad carece de razón de ser. Pero ello no quiere decir que su grado haya de establecerse sólo a partir de dichas necesidades preventivas, sino que ese marco de "derechos de defensa" determinará los límites en los que legítimamente puede imponerse la sanción. Cfr. sobre la doble naturaleza de la culpabilidad, entre otros, BURKHARDT, en *GA* 1976, p. 322; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 293 y ss.; sobre la adscripción de responsabilidad fundada en fines, además de la obra citada de BURKHARDT, K. A. PAPAGEORGIOU, *Schaden und Strafe*, pp. 74 y 75.

⁵³⁹ Claramente, STRATENWERKTH, *El futuro*, p. 112: "si el principio de culpabilidad debe tener

na teoría de la prevención general está capacitada para limitarse a sí misma, por lo que todas precisan de límites externos a las mismas, si no se quiere renunciar a la protección del individuo frente a la colectividad y al poder estatal⁵⁴⁰. El dilema del Derecho penal es que es un arma de doble filo: toda protección de la libertad conlleva asimismo una recíproca limitación de la libertad, por lo que a mayor protección preventiva mayor detrimento de aquella. Por ello, frente a la lógica consecuencialista del comunitarismo, el cual, dada su prioridad por la colectividad frente al individuo, siempre optará por dar preferencia a la prevención, considero que sólo desde los presupuestos de un Derecho penal liberal, el cual parte de la prioridad de la libertad individual, elevándola al rango de un "derecho de defensa" frente a toda pretensión colectivista o de mayorías, puede establecerse un equilibrio en el conflicto entre prevención y garantías⁵⁴¹. Desde estos presupuestos ideológicos, la prevención no puede ser el único criterio legitimador del *ius puniendi*, sino que junto a la misma debe concurrir un fundamento de legitimidad basado en la protección de los derechos del delincuente⁵⁴², el cual operará como límite en el ámbito de la teoría del

por lo menos la significación de un correctivo de las exigencias preventivas, no podrá fundamentarse en las exigencias de la prevención, sino que deberá basarse en otras consideraciones".

⁵⁴⁰ Así, entre otros, y además del autor citado en la nota anterior, ROXIN. *Sinn und Grenzen*, p. 21: un "derecho de protección frente al Estado"; id. AT 3/31; BURKHARDT, en GA 1976, p. 322; BAURMANN. *Folgenorientierung*, p. 50; id. *Schuldlose Dogmatik?*, p. 211; HOERSTER, en Weinberger-FS, p. 231; KUNZ, en ZStW 98, 1986, p. 828, quien afirma que ese es el tema central de la actual discusión sobre las teorías de la pena: "la búsqueda de reglas normativas que puedan domesticar un Derecho penal preventivo desde un Estado de reglas normativas que fraguirdigheit, p. 122; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 159; BOCK, en ZStW 103, 1991, p. 656; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, pp. 210 y 240: "La prevención [...] sea positiva o negativa 'no se limita a sí misma'"; K. A. PAPAGEORGIOU. *Schaden und Strafe*, p. 15.

⁵⁴¹ Como afirma WOLF. *Verhütung*, p. 129, la preferencia por el liberalismo en Derecho penal viene dada por el hecho de que éste es un arma de doble filo.

⁵⁴² En este sentido, también BAURMANN. *Schuldlose Dogmatik?*, p. 210: "La única y exclusiva persecución de fines preventivos a través de las instituciones jurídicas llevaría inevitablemente a la intolerable vulneración de otros fines sociales: el daño que causaría el criterio de instrumentalización de los medios dirigidos a la efectividad político-criminal

fin de la pena y, por tanto, en relación de conflicto, pero que habrá de considerarse como un fin propio del Derecho penal, junto a la protección de bienes jurídicos, tal y como, por ejemplo, ha sido sugerido en nuestro país por SILVA SÁNCHEZ⁵⁴³.

La posible coexistencia de dos fines contrapuestos del Derecho penal parece responder, en realidad, a una plausible reconstrucción de lo que se acordaría por la sociedad, como grupo de individuos racionales autointeresados⁵⁴⁴, es decir, lo que habría de

sería mucho más gravoso que su beneficio. El bien jurídico precisa, desde esta perspectiva, de una doble protección: *a través* del Derecho penal *y frente* al Derecho penal, cuya aplicación excesiva llevaría a la situación que pretende evitar", citando a ROXIN. En sentido similar, KUNZ, en ZStW 98, 1986, p. 829, quien resalta que el único criterio para encontrar límites fímes a la prevención es partir del hecho de que la prevención no puede ser el único fundamento normativo de la pena. Críticos también con un Derecho penal orientado únicamente a la efectividad preventiva, dada la supeditación a la misma de garantías individuales, CALLIES, en NWJ 1989, p. 1339; K. A. PAPAGEORGIOU. *Schaden und Strafe*, p. 15; HASSEMER y MUÑOZ CONDE. *Introducción*, p. 137; BAURMANN. *Strafe im Rechtsstaat*, p. 135; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 241; HASSEMER. *El destino de los derechos del ciudadano*, pp. 183 y ss., pássim.

⁵⁴³ SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, pp. 241 y ss., quien atribuye al Derecho penal el "fin de reducción de la propia violencia estatal". Partidarios de un fin similar del Derecho penal son también, entre otros, BAURMANN. *Schuldlose Dogmatik?*, p. 255; CALLIES, en NWJ 1989, pp. 1338 y ss.; HASSEMER. *Erführung*, p. 326; HASSEMER y MUÑOZ CONDE. *Introducción*, p. 137; PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad*, p. 292; FROMMEL, en *Schüler-Springorum-FS*, p. 274, siguiendo a HASSEMER. Cfr. asimismo ROXIN. AT 7/69, quien afirma que "la limitación jurídica de la violencia estatal es, por sí mismo, un fin de una política criminal propia de un Estado de Derecho"; o MIR PUIG. *Sobre el principio de intervención mínima*, p. 151: "Ello enlazaría con la tradición liberal que arranca de Beccaria y que postula la humanización del Derecho penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera del ciudadano, que sólo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria -inevitable- para la protección del mismo ciudadano. (Iras ello se halla la convicción de que es preciso defender al ciudadano del poder coactivo del Estado)".

⁵⁴⁴ Sobre las consideraciones siguientes, además del ya expuesto método de decisión del contrato social rawlsiano, puede cfr. HOERSTER, en Weinberger-FS, pp. 233 y ss., y especialmente BAURMANN. *Strafe im Rechtsstaat*, p. 111, quienes, en términos similares a los aquí empleados, desarrollan esa perspectiva intersubjetiva en relación al tema que nos ocupa. Por otra parte, la concepción de SILVA SÁNCHEZ, si bien es planteada desde otros términos, coincide sustancialmente, en este punto, con los presupuestos de un contrato social, tal y como él mismo destaca (SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 186).

considerarse legítimo desde presupuestos liberales y democráticos. Indudablemente, la tensión entre prevención y garantías es debida a que cada opción representa los intereses contrapuestos que diferentes grupos sociales tendrían respecto de la labor del Derecho penal. Por un lado, para un grupo de víctimas potenciales, generalmente respetuosos del Derecho, lo *racional* sería un Derecho penal orientado hacia una prevención lo más eficaz posible, que protegiera, al precio que fuera, sus intereses de los ataques de terceras personas. Por el contrario, para el grupo representado por potenciales delincuentes, lo más *racional* sería en realidad la inexistencia de un Derecho penal, para evitar la limitación de sus intereses por parte del Estado; o, dado el presupuesto de la existencia de un *ius puniendi*, lo racional será en todo caso la reducción al mínimo de su aspecto coactivo. Pero, como vimos, presupuesto para la posibilidad de un diálogo y de arribar a un acuerdo sobre las instituciones que han de regir la convivencia pública es la facultad de lo *razonable*, la cual implica la tendencia a la cooperación basada en acuerdos que representaran los intereses de todos los implicados, cooperación que sólo puede realizarse por medio de sacrificar un ámbito de la libertad y los intereses propios en aras de un orden estable que garantice la libertad de todos. Y para establecer el marco de imparcialidad en la decisión, también vimos que en la posición original rawlsiana los coasociados debían decidir tras un velo de ignorancia, que ocultaba a los individuos la situación que *de facto* ocupaban en la sociedad. Respecto al acuerdo sobre los fines y garantías en Derecho penal, ello conllevará que quienes toman parte en la decisión desconocerán si, una vez levantado el velo de ignorancia, serán potenciales delincuentes o ciudadanos respetuosos del Derecho. Por ello, todo participante en el pacto habrá de ponderar su decisión asumiendo que podría tanto ser víctima de acciones delictivas como verse sumido en el mecanismo coactivo del Derecho penal, por lo que lo racional de su decisión individual, es decir, la forma en que haya de obtener el mayor interés habrá de estar regida por una ponde-

ración de la racionalidad de ambos roles: el interés por una máxima prevención y el interés por un máximo de garantías⁵⁴⁵. De esta forma, lo *razonable* sería el establecimiento de un Derecho penal que sirviera tanto al fin de prevención de acciones lesivas por parte de terceras personas como al fin de protección de la libertad del ciudadano frente al poder coactivo del Estado. Dado el fin de protección preventiva, los ciudadanos acordarían el establecimiento de sanciones útiles en aras de ese fin, así como el sometimiento a la imposición de la sanción en caso de vulneración de las normas por todos consensuadas⁵⁴⁶. No obstante, para llevar a cabo este fin, los ciudadanos acordarían entonces el establecimiento de unos principios garantísticos—culpabilidad, proporcionalidad, lesividad, etc.—a los cuales habría de acomodarse la labor del aparato coactivo para ser reconocido como un orden legítimo, y que no podrían ser instrumentalizados en aras de fines preventivos, puesto que ello vulneraría las condiciones de razonabilidad y ponderación de intereses contrapuestos en que se basa el acuerdo⁵⁴⁷. Tal y como se dijo respecto de la relación entre

⁵⁴⁵ En similar sentido, HOERSTER, en *Weinberger-FS*, p. 235; BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 115 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 186.

⁵⁴⁶ A estos presupuestos liberales responde, por ejemplo, la "teoría consensual de la pena" desarrollada por NINO, con el fin de compatibilizar la fundamentación utilitarista con el respeto a los límites en la distribución de la pena propio de la retribución. Cfr. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 431 y ss.; *ib.* *Los límites de la responsabilidad penal*, pp. 218 y ss., cuyas premisas ya estaban, en cualquier caso, presentes en Feuerbach, influenciado por las concepciones kantianas (cfr. NEUMANN y SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 35).

⁵⁴⁷ En relación a los criterios de autointerés racional bajo los que se llegaría a la fundamentación de dichos principios—sobre lo que no entraremos—puede cfr. BAURMANN, *Folgerorientierung*, pp. 53 y ss. (especialmente 62), quien viene a servirse de la regla *maximin* empleada por RAWLS en su "principio de la diferencia" (cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 97 ss. y 181 ss.)—consistente, por decirlo así, en *maximizar desde el mínimo*: en optar por la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor resultado de las otras alternativas—para fundamentar el principio de responsabilidad, entendiendo que "un Derecho penal sin principio de responsabilidad sólo sería legítimo cuando los más perjudicados por ese Derecho penal pudieran mejorar la suma de beneficio individual con la introducción de ese Derecho penal" (p. 62), llegando, tras numerosas y complejas operaciones, a la conclusión de que los más perjudicados por ese Derecho penal—que serían los no

la racionalidad instrumental y la racionalidad valorativa, ello implica que la prevención sólo podrá maximizarse dentro del ámbito de respeto a esos principios vinculantes para el Estado, en aras del fin que compete al mismo de satisfacción de ambas líneas de intereses, que en realidad no son otras que las que todo ciudadano racional interesado en su propia libertad tendría. En suma, "la misión del Derecho penal no consiste sólo en proteger bienes jurídicos [...] sino también en limitar el poder punitivo del Estado [...] trazando, a partir de principios generales de rango incluido constitucional, unas 'reglas de juego' a las que todos, incluido el Estado, tienen que atenerse"⁵⁴⁸.

3. *Los fines del Derecho penal. Toma de postura*

a. Fundamentación de las normas penales

Principio esencial de la teoría liberal es el fundamento intersubjetivo del Derecho, basado en la autonomía política de los ciudadanos; así, Derecho legítimo lo sería sólo aquél que pudiera ser libremente reconocido por la razón de todos los participantes en el tráfico jurídico, en base a su interés de prioridad por su propia libertad. Y ese criterio de legitimación debe servir, entonces, también para el Derecho penal, tanto para fundamentar la legitimidad de la pena y sus fines, como para fundamentar los principios garantísticos que limitarían necesidades colectivas de prevención; así como también para fundamentar las propias normas de conducta penales. En este ámbito, puede asumirse, entonces, el principio de

responsables sometidos a castigo- verían de hecho disminuido su beneficio personal, por lo que sólo un Derecho penal con un principio de responsabilidad sería aceptado por todos. También, con menor complejidad y detalle, BAURMANN: *Schuldlose Dogmatik?*, p. 255; NINO: *Introducción al análisis del Derecho*, p. 432; HOERSTER, en *Weinberger-FS*, pp. 236 y ss.; KINDHAUSER, en *GA* 1989, p. 498; BAURMANN: *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 131 y ss.

⁵⁴⁸ HASSEMER y MUÑOZ CONDE: *Introducción*, p. 137.

legitimidad de un Derecho democrático establecido por HABERMAS: "Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales"⁵⁴⁹.

No le falta razón a MORALES PRATS cuando afirma que "el problema central del Derecho penal no es tanto de penas y su sentido [...] sino de selección de bienes jurídicos a proteger"⁵⁵⁰. En efecto, ya antes que la sanción, todo establecimiento de una norma penal implica una limitación de la libertad de los ciudadanos, por lo que la legitimidad de las normas no puede supeditarse a un rango inferior de argumentación en lo relativo a la fundamentación general del Derecho penal como orden jurídico, como, de hecho, es habitual en la discusión doctrinal, ocupada fundamentalmente en la legitimación de la pena. Y ello, además, porque si requisito previo de la imposición de la sanción es la vulneración de la norma de conducta, la misma legitimidad de la sanción habrá de hacerse depender de la legitimidad de la prohibición⁵⁵¹.

En cualquier caso, respecto del tema de la criminalización de conductas, tampoco les falta razón a quienes objetan al clásico criterio de la "exclusiva protección de bienes jurídicos" incapacidad para servir de instrumento útil-y limitador- a la labor del Legislador⁵⁵². Es de sobra sabido que el concepto de "bien jurídico",

⁵⁴⁹ HABERMAS: *Facticidad y validez*, p. 172. Similar, HASSEMER: *Theorie*, p. 32, en relación a la fundamentación de normas desde el contrato social.

⁵⁵⁰ En QUINTERO, MORALES y PRATS: *PG*, p. 91.

⁵⁵¹ Así, KINDHAUSER, en *GA* 1989, p. 494; LESCH, en *JA* 1994, p. 599; JAKOBS: *El principio de culpabilidad*, p. 386; CUELLO CONTRERAS: *PG*, p. 79: "Habría mayor legitimación para sancionar la violación consiente de la norma o culpabilidad mientras más democrática haya sido su institución". En el mismo sentido, HABERMAS: *Facticidad y validez*, p. 95: "... la permisividad de recurrir a la coerción jurídica ha de hacerse derivar de una expectativa de legitimidad asociada a la decisión que toma el legislador".

⁵⁵² Críticas recientes pueden verse, entre otros, en FRISCH, en *Stree-Wessels-FS*, pp. 73 y ss;

tomado en sí mismo, aparece, a lo largo de su discusión dogmática, como una mera fórmula vacía y susceptible de ser rellenada de cualquier contenido, tanto liberal como moralizante o autoritario. Por ello, lo que haya de entenderse como tal no podrá venir dado desde su propia "naturalidad", sino que deberá inferirse de consideraciones diversas y externas al mismo, relativas tanto al merecimiento y la necesidad y posibilidad de protección como a los límites garantísticos, así como, en última instancia, a presupuestos filosófico-políticos que delimiten los contornos de lo que ha de ser merecedor de prohibición y bajo qué límites. En este sentido, de los presupuestos establecidos a la hora de presentar la concepción liberal del Derecho, si bien no podría, desde luego –y dada la brevedad con que han sido presentados–, establecerse un programa completo respecto del marco de legitimidad en el que debe discurrir la creación de normas⁵⁵³, sí podrían trazarse unas líneas esenciales con las que conformar los márgenes que deben definirlo penalmente protegible. Respecto de las mismas, baste decir que responderían, en esencia, a la llamada concepción "personalista" del bien jurídico⁵⁵⁴, derivada de la premisa liberal de legitimar "la acción del Estado desde el punto de vista de la persona"⁵⁵⁵ y caracterizada por situar a la misma –bienes personales–, o en todo caso a un conjunto

KUHLEN. *Strafrechtsbegrenzung*, pp. 77 y ss. También JAKOBS, en *zstw* 107, 1995, p. 847, nota 10, contestando a las críticas que le acusan de formalización.

553 Un desarrollo completo de lo que sería una teoría liberal de la criminalización puede verse en K. A. PAPAGEORGIOU. *Schaden und Strafe*, p. 89.

554 En este sentido, KINDHAUSER, en *GA* 1989, p. 496: "El concepto del bien jurídico puede derivarse sin tensiones de una teoría de la justicia contractualista. Según esta concepción, bienes jurídicos son los atributos de los hombres, objetos e instituciones que sirven al libre desarrollo personal, los cuales son merecedores de protección desde el principio de la más beneficiosa coexistencia universal en libertad". Como destacado defensor de dicha teoría personalista puede citarse a Hassemer. Cfr. Hassemer. *Theorie*, pp. 65 y 68 y ss.; *in Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, pp. 85 y ss. En la misma dirección, Mir Puic. *Bien jurídico y bien jurídico-penal*, p. 164; SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 270, citando ulteriores referencias; LÜDERSSEN, en *zstw* 107, 1995, pp. 898 y 899.

555 HASSEMER y MUÑOZ CONDE. *Introducción*, p. 109.

de personas –bienes interpersonales–, como único sujeto de los intereses representados en los bienes jurídicos. Por otra parte, el bien jurídico habría de concebirse bajo un substrato fáctico⁵⁵⁶, entendido, en términos ciertamente genéricos, como un estado u objeto positivamente valorado por su funcionalidad respecto al desarrollo de la libertad del individuo⁵⁵⁷, y en todo caso los bienes personales, de carácter disponible por su titular. Ello no excluiría, por ejemplo, la criminalización de determinados delitos de peligro, si bien la interpretación de los mismos, a la hora de establecer el merecimiento de pena de las conductas (por ejemplo, a la hora de determinar el grado de peligro de la acción), habría de establecerse en función de los intereses de los individuos, y no de bienes supraindividuales no reconducibles en forma directa a dichos intereses⁵⁵⁸; en este sentido, si carecerían de legitimidad los delitos

556 Y no al modo de determinadas concepciones "espiritualizadas" del mismo, para las que el bien jurídico es concebido como un "valor abstracto" (JESCHECK. *PG*, p. 232) como un "valor ideal espiritualizado" (BAUMANN, WEBER y MITSCH. *AT* 3/18), un "valor ideal del orden social" (CEREZO MIR. *PG* [1994], p. 18) o una "pretensión de respeto" (SCHMIDHAUSER. *AT* 5/26), con lo que, en realidad, el bien jurídico termina por identificarse con los "valores ético-jurídico" de WELZEL, dado que, al igual que éstos, esos "valores" no pueden ser lesionados materialmente por las acciones, sino que sólo pueden ser puestos en duda, vulnerados, quebrantada su vigencia. Es por ello que, por ejemplo, para Schmidhäuser, más coherentemente que otros, la "lesión del bien jurídico" es lo mismo que la "lesión del deber", y ese bien jurídico es lesionado ya con la tentativa (En este sentido, SCHMIDHAUSER. *AT* 5/33). Y por lo que respecta a la teoría de la criminalización, esa consideración del bien jurídico como valor ideal permitirá incluir como susceptible de protección cualquier valoración moral mantenida mayoritariamente por la sociedad, dado que no es precisa la vinculación a intereses materiales de la persona. No en vano, esta concepción del bien jurídico apenas se diferencia del concepto teleológico del bien jurídico de HONIG.

557 La naturaleza funcional del bien jurídico fue puesta de manifiesto ya por WELZEL. *Studien*, p. 140; así como, entre otros, por RUDOLPH, en *Honig-FS*, pp. 163 y ss.; LIESCH. *Beihilfe*, p. 239; MÜSSIG. *Rechtsgüterschutz*, p. 175; JAKOBS. *AT* 2/14; STRATENWERTH, en *Lenckner-FS*, p. 383. La vinculación al desarrollo del individuo es lo que, por ejemplo, Callies manifiesta con su concepción de bien jurídico como "posibilidades de participación de los individuos", tesis seguida por Mir Puic. *Introducción*, pp. 139 y ss. Dicha vinculación a la persona también es resalada, entre otros, por Kindhäuser. *Strafge*, p. 35; JAKOBS. *AT* 2/14.

558 Cfr. HASSEMER y MUÑOZ CONDE. *Introducción*, p. 110: los tipos delictivos que establecen bienes universales, no disponibles por el individuo, habrán entonces de interpretarse en

de peligro –en especial, algunos de peligro abstracto– cuyo bien jurídico no encontrara un substrato personal o interpersonal, es decir, no susceptible de derivar el peligro directamente a intereses individuales⁵⁵⁹. Como criterios de criminalización negativos, esto es, limitadores, desde el principio de neutralidad se deriva tanto la proscripción de penalizar conductas exclusivamente inmorales, sin relevancia para los intereses de terceros, como, con carácter general, la criminalización basada en motivos paternalistas⁵⁶⁰. Por último, y con un carácter más genérico, el principio liberal del *harm to others* conllevaría la tendencia hacia un Derecho penal mínimo –opuesta, en realidad, a la tendencia expansiva actual–, conformado en torno a los intereses más esenciales de la persona. Todo ello parece plausible a resultados del procedimiento intersubjetivo de racionalidad en que ha de legitimarse el Derecho penal desde una perspectiva liberal. Así, el conjunto de individuos racionales e interesados

función de su repercusión para los intereses de la persona. Cfr. asimismo MIR PUIG, *Bien jurídico*, p. 164: hay dos enfoques posibles para valorar los bienes colectivos: desde su importancia para el sistema social y desde su importancia para la persona. “El Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque: le importan los intereses colectivos en la medida en que condicionen la vida de los individuos [...] Se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema”.⁵⁵⁹ Obviamente, la cuestión es demasiado compleja para ser desarrollada aquí. Sobre la reconducción de los delitos de peligro a intereses individuales puede cfr., recientemente, MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, pp. 12 y ss. y *pássim*.

⁵⁶⁰ Por paternalismo, según la definición de G. DWORZIN, *El paternalismo*, p. 148, puede entenderse “en un sentido amplio, la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses, o a los valores de la persona coaccionada”. En cualquier caso, no puede establecerse a priori una limitación absoluta a cualquier norma motivada por razones paternalistas, y ello dada la propia vaguedad del término. Así, por ejemplo, conductas paternalistas serían, según este mismo autor, tanto la obligación de llevar casco como la prohibición de la homosexualidad o de las drogas. Además, en la práctica es difícil encontrar disposiciones que sólo respondan a dicho presupuesto. Por ejemplo, en la obligación de llevar casco concurren también consideraciones relativas a la carga económica de los accidentes, y en la prohibición de la homosexualidad o las drogas concurren también –o exclusivamente– motivaciones moralizantes. Sobre el paternalismo cfr., además, GARZÓN VALDÉS, *Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?*, pp. 161 y ss.; K. A. PAPAGEORGIOU, *Schaden und Strafe*, pp. 216 y ss.

prioritariamente en su propia libertad, desconocedores de la posición que ocuparían en la sociedad –o bien delincuentes, tendentes a una mayor libertad, o bien víctimas, tendentes a una mayor seguridad–, sólo estarían dispuestos a limitar su libertad mediante el establecimiento de normas penales, en la medida en que ello revirtiera en una mayor libertad, por lo que un Derecho penal máximo, centrado en una maximización de orden y seguridad, y cuyo ámbito de intervención, realizado por medios tan coactivos como la sanción punitiva, excediera de la protección de esas condiciones esenciales para el libre desarrollo de la libertad, no sería racionalmente aceptado. Como vimos que afirmaba RAWLS: la libertad puede ser solamente restringida en favor de la libertad en sí misma.

Conviene tener presente que dicho acuerdo de decisión intersubjetivo representa un criterio de legitimación basado en presupuestos hipotéticos. Es evidente que en la realidad fáctica los acuerdos no se realiza en condiciones de plena imparcialidad e igualdad, sino a través de relaciones de poder; ni el consenso es alcanzado por unanimidad, sino bajo la regla de mayorías⁵⁶¹. Y que el Derecho penal actual no representa ese Derecho penal mínimo, sino que su génesis está sometida a la influencia de grupos de poder, a criterios electoralistas y tecnocráticos, etc., así como, en general, a una concepción máxima del mismo, que recaba para sí ámbitos que deberían ser propios de otras ramas, menos contundentes, del Derecho⁵⁶². En este sentido, tanto las

⁵⁶¹ En relación a este tránsito de la validez a la facticidad, RAWLS, *Réplica*, pp. 102 y ss., habla de una “progresivo levantamiento del velo de ignorancia”. Sobre ese tránsito, cfr. también RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 263 y ss.; HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 230 y ss. ⁵⁶² Cfr., por ejemplo, HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 102 y ss. También HABERMAS, *El destino de los derechos del ciudadano*, pp. 184 y ss., en relación a las respuestas del Legislador a las exigencias coyunturales de seguridad y orden por parte de la opinión pública, así como a la manipulación de las mismas por los medios de comunicación. Cfr. MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal*, p. 165, quien advierte contra la “peligrosa tendencia que

condiciones que regulan el procedimiento del contrato social rawlsiano como los principios a que llega, si bien representan *el ideal* del principio democrático, no deben entenderse como la expresión o exposición de la realidad democrática, sino como criterios contrafácticos de *validez*, susceptibles de someter a permanentemente valoración crítica la *facticidad* del Derecho, por representar, al igual que la propia noción de democracia⁵⁶³ o de derechos humanos, un *deber ser*, un canon u horizonte normativo al cual debe orientarse el desarrollo de la política democrática. Por todo ello, no puede ni debe buscarse una plasmación exacta en la realidad de lo que es un criterio ideal de legitimación; por emplear de nuevo los términos habermasianos, existe una inevitable e irremediable barrera de separación entre la validez y la facticidad, si bien, como a continuación insistiremos, el criterio de validez liberal, al estar basado en la razón práctica y el autointerés individual, puede suponer una alternativa viable respecto de la estabilidad fáctica. En todo caso, baste resaltar que en el ámbito del Derecho penal, los criterios de criminalización, tanto positivos como negativos, que imponen los principios liberales responden entonces a una argumentación *de lege ferenda*, que enmarca una orientación mínima a la que debería acomodarse la labor del Legislador penal de un Estado liberal y democrático⁵⁶⁴. Así, resul-

posee todo Estado social a hipotrofiar el Derecho penal a través de una administrativización de su contenido de tutela, que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del orden colectivo".

⁵⁶³ Así, por ejemplo, CORTINA. *Ética sin moral*, pp. 266 y ss.

⁵⁶⁴ En este sentido, afirma SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación*, p. 183, que el Derecho penal, "para encontrarse legitimado, se ve abocado a autoanalizarse de modo continuo con el fin de determinar si responde a esa regla de "mínimo daño social", lo que obliga "a enfrentar al Derecho penal vigente y sus instituciones con otro eventual Derecho penal, surgido de una reforma, que pudiera ser igualmente eficaz con menos daño social, con menos violencia" (cursivas en el original). Una idea similar, desde un plano más genérico, aporta HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 103, respecto de la citada tensión entre la validez y la facticidad en la creación del Derecho: "Ciertamente, un Derecho al que en las sociedades modernas le compete la carga principal en lo tocante a la integración social, no tiene más remedio que verse

taría osado afirmar radicalmente la ilegitimidad de toda norma que no se correspondiera con el núcleo de dichos principios; no obstante, sí cabría hablar de una ilegitimidad gradual, de forma que todo alejamiento de ese núcleo de ilegitimidad supondrá un progresivo déficit de corrección normativa de la norma en cuestión, por cuanto, al conllevar una limitación de libertad no fundada en la protección de las condiciones inmediatas de la misma libertad, su aceptación por los ciudadanos resultaría más precaria.

A pesar de lo dicho, las presentes consideraciones sobre la fundamentación legítima de las normas penales no van dirigidas a discutir la ilegitimidad del Derecho vigente, ni a desarrollar una teoría de la incriminación, sino sobre todo por lo que la ilegitimidad puede tener de relevancia respecto de la motivación al acatamiento de las normas. Como fue planteado tanto en la exposición teórica de la postura liberal del contrato social como con ocasión de la relación entre la estabilidad y la justicia en la aplicación de la pena, en la teoría liberal puede afirmarse una línea de coherencia entre el ámbito de legitimación y el ámbito de la estabilidad, pudiéndose dotar de un considerable grado de viabilidad fáctica en lo relativo al respeto de las normas a los principios de validez normativa por ella establecidos. Dichos principios, como vimos, no son inferidos de instancias metafísicas o supraindividuales como el espíritu de la comunidad, ni tampoco de un a priori ontológico y objetivo, sino que su origen radica en la propia razón individual, en los intereses esenciales que todo individuo tiene, estableciéndose, bajo un procedimiento imparcial, al que todos accederían para ver representados equitativamente sus intereses, un acuerdo intersubjetivo que responda a dichos intereses. Los

sometido a la presión *profana* de los imperativos sistémicos de la reproducción de la sociedad; pero simultáneamente, se ve sometido a una coacción, por decir así, *idealista*, que le obliga al legitimar esos imperativos" (cursivas en el original).

principios de validez normativa son obtenidos, entonces, y por decirlo así, "desde abajo", desde lo que todo ciudadano medio podría querer para sí mismo y para la convivencia con los demás, y es en esa premisa de racionalidad intersubjetiva donde el liberalismo obtiene su plausibilidad respecto a la aceptación fáctica y el reconocimiento a largo plazo de lo acordado por los ciudadanos. Era en este sentido en el que RAWLS, como vimos, podía afirmar que una sociedad y unas instituciones públicas construidas, en un grado relativo, en torno a los principios de justicia generarían continuidad en la estabilidad de las mismas, puesto que los intereses esenciales de los ciudadanos se verían garantizados y amparados. Respecto del Derecho penal, este hecho puede expresarse con la tesis ya formulada con ocasión de la exposición de la teoría de la protección de la vigencia de la norma: *el pacto social creador de las normas, que es un criterio de legitimación de las mismas, es asimismo un criterio de racionalidad y, por tanto, un motivo para el acatamiento de las normas*; es decir, un criterio de estabilidad del ordenamiento jurídico. Recordemos que la crítica externa a dicha concepción se refería a que, si bien era *prima facie* correcta la idea de que las normas susceptibles de ser reconocidas por los ciudadanos obtendrían un respeto por los mismos sin necesidad de medios coactivos contundentes, se hacía preciso, para fundamentar dicha idea, el establecimiento de las condiciones del reconocimiento. En este sentido, podemos, con el bagaje de la teoría liberal, abundar ahora en dicho presupuesto, afirmando que las normas que respondan al autointerés racional de los sujetos, que serían las que limitarían la libertad de los mismos sólo en aras de la protección de las condiciones esenciales de esa misma libertad, obtendrían un mayor grado de aceptación voluntaria; lo cual, a su vez, conllevaría un grado considerable de confianza en la vigencia de la norma, dado que *Ego* podría esperar *razonablemente* que *Alter* respetaría las normas. "De esta manera, los ciudadanos mantienen la confianza depositada en las normas debido a que éstas son fruto de decisiones racionales"⁵⁶⁵. En efecto, en el contrato social, las

normas han de responder a los intereses esenciales de los ciudadanos (lo racional), y sólo cuando así fuera podría darse la tendencia a una cooperación voluntaria (lo razonable), que era presupuesto y al mismo tiempo criterio de estabilidad del pacto, al implicar tanto la atribución mutua de las facultades de diálogo como el compromiso al respeto mutuo de los principios emanados del pacto, es decir, el reconocimiento al derecho de todo ciudadano al ámbito de libertad negativa protegido por las normas jurídicas. Una idea semejante podría ser la expresada también por numerosos penalistas cuando afirman que la reducción del ordenamiento a un Derecho penal mínimo, al representar lo intersubjetivamente racional, el ámbito esencial de libertad necesaria para el desarrollo social, conduciría a otorgar a éste una mayor fuerza vinculante y un mayor grado de aceptabilidad⁵⁶⁶. Expresado de otra forma, que la atención al principio de *ultima ratio* tendría efectos preventivos.

⁵⁶⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal*, p. 66, quien, de forma muy distinta que JAKOBS y sus discípulos –quienes, como vimos, consideran la prevención general positiva como una teoría formal, basada en el Derecho positivo vigente–, entiende dicha teoría también como un criterio de criminalización: "La prevención general positiva dificulta que se pueda definir como injusto una modalidad de conducta carente de lesividad social. Tal definición socaba la confianza de los ciudadanos en el Derecho penal"; concibiendo así el término "confianza" de forma distinta a como lo hace el autor alemán, quien la limita a la confianza en la vigencia fáctica de la norma, y no a la confianza genérica que debe existir entre los ciudadanos y la labor de los poderes públicos, tanto en su ámbito legislativo como judicial. Y ello, a mi juicio, correctamente, ya que, como se dijo, los presupuestos de la concepción de JAKOBS sólo pueden ser válidos –fáctica y normativamente– desde el principio democrático del consenso intersubjetivo como génesis del Derecho (en este sentido, BAURMANN, en GA 1994, p. 379). Por ello criticábamos que ignorara el tema de la fundamentación de las normas. Cfr., por otra parte, NOZICK. *La naturaleza de la racionalidad*, p. 30, quien pone de relieve la importancia de la creencia en que las normas y principios a los que se espera que se atengan los demás sean *correctos y justos* como un factor generador de confianza en esa expectativa: resulta más razonable confiar en que los demás respetarán normas intersubjetivamente consideradas correctas que normas arbitrarias y parciales, por el hecho de que yo tenderé a respetar las normas que considero correctas y no las arbitrarias.

⁵⁶⁶ Así, por ejemplo, ROXIN. *Grund und Grenzen*, p. 14; LUZÓN PENA. *Prevención general*, p. 142; VOSS. *Symbolische Gesetzgebung*, p. 126; HASSEMER. *El destino de los derechos del ciudadano*, p. 198; *ib.*, en ZRP 1997, p. 320.

En suma, lo que se quiere expresar es la, al menos teóricamente, obvia presunción de que la aceptabilidad racional de una norma jurídica conllevará, o al menos favorecerá, la aceptación fáctica de la misma, su acatamiento y, recíprocamente, la confianza en el acatamiento por parte de los demás. O, expresado desde la perspectiva del legislador, que el sometimiento del mismo a la razón de los ciudadanos aportará razones para el respeto de las normas por parte de éstos⁵⁶⁷. Por ello, la idea citada con anterioridad de una legitimidad gradual de las normas jurídicas habrá de tener consecuencias respecto de un acatamiento gradual —y, por ende, respecto de una confianza gradual en el respeto de las mismas por parte de *Alter*—. Así, cuanto más se acerque lo protegido a las condiciones esenciales de la libertad de los individuos mayor será su obediencia. Por poner un ejemplo obvio, la norma que prohíbe la lesión de la integridad física conlleva más razones para su acatamiento que la norma que prohíbe el tráfico y tenencia de estupefacientes, la cual no adquiere su razón de ser en la atribución mutua de un derecho de libertad y autonomía, sino, por el contrario, en presupuestos paternalistas o incluso moralizantes.

Comenzamos esta sección afirmando que la cuestión central del Derecho penal no es tanto, o no es sólo, la de los fines de la pena, sino la relativa a cuáles han de ser los bienes jurídicos merecedores de protección bajo pena. Para concluir, conviene resaltar una razón más de esa afirmación, poniendo de manifiesto, a resultados de lo visto, que la efectividad del Derecho penal no depende tan

⁵⁶⁷ Como afirma WOLFF, en *zstw* 97, 1985, p. 800, "nada genera tanto la vigencia real de las leyes como el convencimiento de los ciudadanos de la justicia de las mismas". La misma idea es expresada por WITTIG, en *zstw* 107, 1995, p. 268, desde un análisis de la concepción rawlsiana en relación al Derecho penal: "Si en una sociedad aparecen realizados los principios de justicia, los hombres acatarán las reglas de las instituciones justas no por verse coaccionados a ello, sino porque desde su sentido de la justicia reconocen esas reglas y las apoyan lealmente".

sólo de los fines o de la intensidad de la pena, sino también del reconocimiento racional de las normas por los ciudadanos. En este sentido, es plausible afirmar que un Derecho penal mínimo conllevaría efectos preventivos. En lo tocante a las relaciones entre el reconocimiento del Derecho por los ciudadanos y la pena, conviene, por último, incidir de nuevo en las dudas que se opusieron a la teoría de la protección de la vigencia del ordenamiento, reiterando que la pena no está capacitada para ejercitar en el reconocimiento de las normas, para *convencer* de la corrección normativa de las mismas, ya que el reconocimiento no puede provenir de una imposición coactiva, sino que ha de estar basado en un diálogo racional y voluntario⁵⁶⁸. Por ello, dicho reconocimiento habrá de venir previamente dado y, todo lo más, la imposición de la pena podrá ser una mera manifestación simbólica del mismo, como ya se expuso. La pena, en rigor, sólo puede imponer el acatamiento fáctico de las mismas. En conclusión, la pena no puede legitimarse por ser causa del reconocimiento del Derecho, sino que, por el contrario, su legitimación vendrá dada en la medida en que su aplicación sea consecuencia de dicho reconocimiento.

b. El concepto de persona como destinatario de las normas

Ciertamente, toda teoría ético-política está sostenida, con mayor o menor evidencia, en una concepción antropológica, la cual normalmente viene conformada por una mezcla de criterios normativos y fácticos⁵⁶⁹. Así ocurre, como hemos visto, con el comunitarismo y el liberalismo, cuyas diferencias en este punto son ciertamente notables. En el comunitarismo se concibe a la persona como un *homo sociologicus* puro, radicalmente integrado en su entorno y constitui-

⁵⁶⁸ Cfr. HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 91: "Una acción por deber, es decir, la obediencia al Derecho moralmente motivada, es algo que por razones analíticas no puede imponerse mediante coerción".

⁵⁶⁹ Así, CAMPS, *Introducción*, p. 22.

da su conciencia moral a partir de los valores vigentes en la comunidad a la que pertenece, hasta el punto, en algunas concepciones, de negarle toda facultad cognitiva de tomar distancia respecto de lo dado, toda capacidad reflexiva y crítica. El liberalismo, por el contrario, asume un individuo racional, capaz de determinar, perseguir y modificar críticamente sus concepciones de lo bueno, e interesado primordialmente en su propia libertad. Si bien, contra las críticas que pretenden reducir ese concepto de persona a un *homo oeconomicus*, egoísta y tendente a servirse de los intereses de los demás para subvenir a la maximización de los suyos, el liberalismo actual insiste, además, en el carácter social de su modelo de persona, como un individuo no sólo "racional" sino también "razonable", capaz de comprometerse al respeto de unos principios de cooperación y justicia, siempre que él mismo —puesto que lo 'razonable' no deja de sostenerse en lo "racional"— haya participado en condiciones de igualdad e imparcialidad en el establecimiento de dichos principios y se vean, por ello, suficientemente representados y amparados sus intereses. Este sería el modelo, si así se quiere llamarle, de un *homo politicus*⁵⁷⁰. Merece destacarse el grado de ascendencia fáctica o normativa de estos modelos, por cuanto ya vimos que era preciso distinguir un concepto empírico o sociológico de individuo de un concepto normativo de persona, diferencia que se revelaba fundamental para entender el debate entre comunitaristas y liberales. Así, mientras los comunitaristas partían de un concepto fáctico de persona para llegar a conclusiones normativas, incurriendo en una "falacia comunitarista", los liberales no negaban el hecho de que los individuos no pueden entenderse en forma atomista y asocial, pero ello no era obstáculo, dado además el hecho fáctico de la capacidad reflexiva propia de la actual situación posconvencional

⁵⁷⁰ No obstante, entendido ese término en un sentido diferente al dado por Aristóteles a su *zoon politikon* o al hombre político de MAX WEBER (cfr. sobre éste, BAURMANN. *El mercado de la virtud*, pp. 69 y ss.).

de la conciencia moral (KOHLEBERG), para construir su concepción de la política y los términos públicos de la convivencia sobre un concepto normativo de persona, restando interés a la esfera privada propia del sujeto moral, por cuanto, como liberalismo político, sólo está interesado en determinar los principios de justicia a que deben atenerse las instituciones públicas, bajo un respeto estricto del principio de neutralidad.

La concepción de la persona posee asimismo notable relevancia en Derecho penal⁵⁷¹. Como ordenamiento jurídico, como instancia política reguladora de las relaciones externas entre los ciudadanos, el concepto de persona en Derecho penal ha de ser un concepto normativo, el de "persona de Derecho", desde el cual establecer el ámbito de derechos y obligaciones de los individuos, así como los límites de la responsabilidad en caso de vulnerar los deberes que le competen; desde el cual determinar, en suma, el trato legítimo que el Derecho puede dispensar al ciudadano. Entonces, según se conciba esa persona de Derecho, distintos serán los medios por los que el Derecho penal pueda motivar a los ciudadanos al acatamiento de la norma. Respecto de las teorías de la pena vistas hasta ahora, podrían, así, establecerse hasta cuatro modelos distintos.

En primer lugar, la teoría del fin ético-social de ascendencia filosófica hegeliana, parte de un "hombre moral", previamente constituido, como miembro de la comunidad ética, en los valores que dan identidad a la misma, valores que son, por ello, verdaderos, legítimos en sí y por sí. En esta concepción subyace una identificación lineal y uniforme entre el Estado ético y el sujeto moral, por lo que

⁵⁷¹ Cfr., por ejemplo, TORIO LÓPEZ, en *REFUC* 11, 1983, pp. 667 y ss.; JAKOBSS, en *zsfw* 107, 1995, pp. 849 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal*, p. 28. También BAURMANN, en *GA* 1994, pp. 370 y 371, respecto del modelo de conducta establecido por las teorías de la pena para el acatamiento de la norma.

la noción de la autonomía moral individual carece de razón de ser: sólo se es miembro de la comunidad en tanto en cuanto se comparan los valores éticos que la conforman; por ello, se exige una obediencia apriorística del Derecho⁵⁷² y, por ello, la internalización de los valores ético-sociales inscritos en las normas viene legitimada a tenor de ese suelo cuasimetafísico en que se apoya, según el cual el Espíritu objetivo es lo que aúna lo individual y lo colectivo en una totalidad ética. Idénticas consecuencias, respecto a la vulneración del principio liberal de la autonomía moral, pero un diverso origen, tiene la concepción de persona propia del fin de integración y de la prevención de intimidación psicoanalítica, que podemos llamar "hombre pulsional". La persona es aquí contemplada no desde presupuestos filosóficos, sino meramente psicológicos, desde una perspectiva funcional: la prevención de integración orientada a la estabilidad de la conciencia colectiva durkheimiana y, por tanto, a la integración social por medio de la identificación de las conciencias morales individuales; la prevención negativa psicoanalítica orientada a la evitación de conductas lesivas, la cual, como dijimos, si bien no sería reconducible al comunitarismo en cuanto a los fines, desde luego sería antiliberal en cuanto a los medios. A diferencia del "hombre moral" del fin ético-social, el cual se presupone ya constituido por los valores de la comunidad, el "hombre pulsional" característico de estas teorías es concebido como un ser asocial por naturaleza, dirigido por sus instintos irracionales, al cual es preciso, de igual forma que a los niños⁵⁷³, educar, socializar coactivamente desde un nivel inconsciente y someter a control por medio de la sublimación de dichos instintos⁵⁷⁴. En tercer lugar, el modelo de persona en la prevención de intimidación clásica respondería a la

⁵⁷² Cfr. RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, p. 59; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 276.

⁵⁷³ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro...?*, pp. 146 y 147, quien se sirve del ejemplo del proceso educacional del niño para trasladarlo al mecanismo motivatorio de la pena.

⁵⁷⁴ Cfr. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 42.

noción ilustrada de un "hombre racional", capaz de tomar una decisión consciente respecto del acatamiento de las normas según el balance de satisfacción para sus intereses. Esta concepción, a diferencia de las anteriores, respeta la autonomía moral del ciudadano, al establecer una separación entre los medios del Derecho y los de la moral y exigir, así, únicamente una obediencia externa a las normas, basada en la decisión racional. No obstante, acentúa en demasía el carácter egoísta de la persona, lo que le lleva a concebirla exclusivamente como un enemigo del Derecho, desconociendo el principio de la autonomía política, al partir del presupuesto de que la tendencia natural del individuo será la de vulnerar el pacto y usurpar el ámbito de libertad de los demás para satisfacer sus intereses. Por último, la teoría de la protección de la vigencia de la expectativa normativa respondería al modelo del "hombre razonable". Como vimos, en dicha teoría —según la interpretación aquí sugerida—, de acuerdo a una imagen democrática del Derecho, se parte del hecho de una relativa estabilidad del mismo, dada por el presupuesto de que las normas son reconocidas por los ciudadanos, al ser consecuencia de un consenso; consenso que aquí se ha interpretado desde el contrato social liberal, como expresión normativa del principio democrático. Desde esta premisa, el Derecho, según estos autores, no precisa establecer medios coactivos demandado contundentes, sino más bien limitarse a un fin de confirmación de la vigencia de las normas previamente aceptadas. El problema de esta concepción, la cual, desde un punto de vista valorativo aparecía como la más legítima de las opciones, es precisamente que argumenta desde un plano excesivamente normativo o idealista, desatendiendo el hecho fáctico de que no todas las normas poseen, actualmente, dicho grado de consenso, y de que, en cualquier caso, siempre habrá ciudadanos que pondrán por encima sus intereses personales a la cooperación social. Expresado de otra forma, mientras el modelo del "hombre racional" de la prevención de intimidación liberal desatiende el componente de lo "razonable", basado en la cooperación intersubjetiva, el modelo del "hombre razonable" de

la protección de expectativas normativas desatiende el componente de lo 'racional', basado en el interés personal inmediato.

Desde una concepción liberal, entonces, el Derecho penal debería asumir un modelo de persona que respondiera a ambas facultades. En este sentido, parece evidente que el Derecho penal, enfrentado a una permanente tensión dialéctica entre la facticidad y la validez, entre una protección efectiva *frente* a potenciales delinquentes y el respeto a unos principios garantísticos no instrumentalizables en aras de dicha protección, debe operar con un concepto de "persona de Derecho" acorde tanto a la realidad fáctica como a presupuestos valorativos⁵⁷⁵, ya que un modelo exclusivamente valorativo y exclusivamente idealizado contradiría la realidad, por lo que resultaría inviable respecto del fin de protección efectiva de la libertad de los ciudadanos, mientras que un modelo que sólo atendiera a lo empírico abandonaría la atención a las garantías individuales, orientándose exclusivamente hacia una maximización estratégica de la efectividad punitiva y vulnerando, de igual forma, la libertad de los ciudadanos.

En este sentido, considero que una imagen que diera prioridad a lo "razonable", pero que no abandonara lo "racional", podría responder a esa necesidad de ponderar la prevención y las garantías. Conviene, por ello, antes de continuar, enunciar brevemente las características generales que definirían ese modelo de persona, que llamaré *homo politicus*, detallando algunos extremos ya mencionados con anterioridad.

Como algún autor ha afirmado, la concepción del hombre como ser racional y autónomo, interesado en la prioridad de su libertad,

⁵⁷⁵ Cfr. de nuevo TORO LÓPEZ, en *REFJUC* 11, 1983, p. 669: "... la imagen del hombre ha de nutrirse de las ciencias empíricas y de los presupuestos normativos de un Estado social de Derecho".

es la que ha de presidir la labor de un Estado de Derecho⁵⁷⁶. Dicha racionalidad —entendida en sentido genérico—, va dirigida, así, respecto a las *razones para la acción* que orienta la actuación del individuo, hacia la persecución de la máxima libertad, del máximo interés individual. Y, como hemos venido expresando, caben dos formas esenciales de racionalidad: la primera sería la propia de lo "racional" —en un sentido sólo similar al rawlsiano—, característica del modelo clásico del "hombre económico"; la segunda sería la inherente a la facultad de lo "razonable", que podemos denominar como la racionalidad propia de un "hombre cooperador"⁵⁷⁷. Así, partiendo de que ambos modelos están orientados hacia la consecución de la máxima satisfacción personal, para obtener ésta dichos modelos operarían según un diferente *criterio de decisión*: mientras el hombre económico partiría siempre de un criterio *consecuencialista*, es decir, de la ponderación a corto plazo de costes y beneficios, estando compelido a elegir siempre la acción que represente, en la situación concreta, la mayor utilidad —sería lo que puede llamarse un "maximizador *situacional* de utilidad", en la terminología de BAURMANN⁵⁷⁸—, el hombre cooperador está facultado para motivar su acción de acuerdo con un criterio de decisión basado en una disposición al *respeto a las normas*, sacrificando lo que podría aparecer como más útil a corto plazo mediante el quebrantamiento de la norma en aras de un mayor beneficio para su libertad a más largo plazo, basado en la cooperación intersubjetiva —sería, según los términos del autor citado, un "maximizador *disposicional* de utilidad"—.

Reiteremos una vez más la tesis de que un Estado democrático no podría fundarse bajo el modelo del hombre económico hobbesiano,

⁵⁷⁶ BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 116 y 117.

⁵⁷⁷ Sobre ambas formas de racionalidad, puede cfr. *ib.* *El mercado de la virtud*, pp. 75 y ss.; GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, pp. 104 y ss.

⁵⁷⁸ BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 75.

sino que en la propia noción de democracia radica la idea, por el hecho de que las normas y principios que lo constituyen son fruto del acuerdo intersubjetivo, de un cierto compromiso de los ciudadanos a someterse a las condiciones pactadas y de una cierta tendencia a la cooperación y al respeto a las normas que regulan la convivencia. Por ello, el modelo que ha de presidir el trato que el Derecho penal debe dispensar a los individuos es el del hombre cooperador. Este modelo implica, como digo, la imagen de un individuo capaz de vincularse al respeto de las normas, y de limitar su libertad en la situación concreta en la expectativa de que ello le reportará una mayor libertad. Frente a la racionalidad económica, la racionalidad del hombre cooperador conlleva un aumento de su autonomía, de su capacidad de optar en relación a sus acciones. A diferencia de aquél, éste no se ve compelido a la constante persecución hedonista de utilidad, sino que es capaz de adoptar una perspectiva de futuro, ponderando costes y beneficios a más largo plazo. En palabras de BAURMANN, puede escapar a la "paradoja del hedonismo", "según la cual justamente la renuncia a la persecución incesante de ventajas personales puede ser personalmente ventajosa"⁵⁷⁹. La orientación del Derecho penal a esa imagen de la persona está sostenida en los propios presupuestos de la sociedad democrática como empresa de cooperación para el beneficio mutuo. Así, en una sociedad en la que las normas que regulan la convivencia se crean por los propios destinatarios de las mismas a partir de la satisfacción de los intereses de cada uno de ellos, puede partirse de un *principio de confianza* en las expectativas respecto de las acciones de los demás, pudiendo esperar *Ego* que *Alter* actúe también como cooperador.

Dicha tendencia a la cooperación, presentada aquí de forma analítica, no implica la suposición de que toda persona, a la hora

⁵⁷⁹ BAURMANN. *El mercado de la virtud*, p. 79; en el mismo sentido, GAUTHIER. *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 107.

de situarse frente a la decisión del acatamiento o no acatamiento de una norma penal, efectúe ese complejo proceso cognitivo, y pondere todas las expectativas de actuación de los terceros de su entorno y el saldo global de beneficios en un plazo prolongado de tiempo. Tal modelo de conducta, indudablemente, no se da en la realidad. Por el contrario, la idea del hombre cooperador sólo pretende venir a reflejar el hecho de que en sociedades estables y democráticas, sostenidas bajo unos principios de justicia relativamente aceptables, y en las que el Legislador es considerado legítimo y actúa en consecuencia, la generalidad de los ciudadanos desarrollarán una tendencia a la cooperación y al acatamiento de las normas, mediante un proceso de "socialización jurídica", si se quiere llamar así, que lleva a generar en los ciudadanos el convencimiento racional de que el respeto a las normas es tanto lo correcto como lo más beneficioso para todos, por cuanto la cooperación continuada supondrá mayores beneficios generales para la convivencia social. Entendido de esta forma, dicho modelo de hombre cooperador puede representar la imagen de persona en la que habría de sostenerse un orden jurídico no sólo liberal, sino también democrático⁵⁸⁰. Consecuentemente, con ese modelo de conducta tendríamos, así, una forma de acatamiento a las normas no motivada en razones estratégicas a corto plazo, sino, en gran medida, dada por presupuestos valorativos —a partir de esas "virtudes públicas" de tendencia a la cooperación⁵⁸¹—, de respeto a las normas y, por extensión, de respeto al ámbito de libertad de los demás integrantes en sociedad.

⁵⁸⁰ BAURMANN. *El mercado de la virtud*, p. 245: "mientras que, sobre la base del modelo económico del comportamiento, en vista de las condiciones de vida en una sociedad de masas, el abismo entre la racionalidad individual y la racionalidad colectiva parece ser insuperable, sobre el modelo del maximizador disposicional de utilidad puede ser plausible que también bajo esas condiciones pueda responder al autointerés a largo plazo de un individuo el adquirir disposiciones y virtudes morales y, con ello, también la disposición a contribuir y a asegurar la producción de bienes públicos".

⁵⁸¹ Cfr. el concepto de "virtud" empleado por BAURMANN. *El mercado de la virtud*, p. 96; así como la noción de "moral" de GAUTHIER. *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 112.

Pero, reiterando conclusiones anteriores, ha de decirse que la regla de decisión basada en el respeto a las normas en que el hombre cooperador orienta sus acciones no viene motivada por razones altruistas o deontológicas –según un imperativo categórico, inconditionado–, sino que la cooperación no deja de sostenerse en el substrato del autointerés racional, es decir que está condicionada a la satisfacción general de los intereses personales –pudiendo hablarse, entonces, de un imperativo hipotético–. Ello es lo que pretendía destacarse cuando se afirmó que lo “razonable” dependía en todo caso de lo “racional”. Así, el ciudadano ha desarrollado una disposición al respeto de las normas porque en la convivencia democrática ha podido comprobar que el diálogo y la cooperación son instrumentos más eficaces para maximizar su libertad, al crear condiciones estables de seguridad y paz social necesarias para su desarrollo, que el servirse de las libertades ajenas, conducta que, generalizada, conllevaría la inestabilidad de dichas condiciones⁵⁸². En este sentido, la cooperación sólo es racional para el individuo si ello reporta una mayor maximización de su libertad. Como lo expresa BAURMANN, “el maximizador disposicional de utilidad no está irrevocablemente sujeto a una norma sino que lo está sólo mientras las estructuras relevantes de incentivos se mantengan constantes y el mantenimiento de su disposición responda a sus intereses”⁵⁸³. Y ello, desde nuestra perspectiva del contrato social, sólo podría darse cuando todas las partes cumplieran, en un grado suficiente, lo pactado. Es decir, precisa de, al menos, tres condiciones genéricas:

1. Que la labor del Legislador se ajuste a los principios de justicia, lo que, como hemos visto, implicaría el establecimiento de un

⁵⁸² LUHMANN. *Confianza*, p. 125, afirma, por ejemplo, que la confianza es, generalmente, “la opción más fácil y por esta razón hay un fuerte incentivo para comenzar una relación con confianza”.

⁵⁸³ BAURMANN. *El mercado de la virtud*, p. 83.

Derecho penal mínimo, protector de las condiciones esenciales de la libertad intersubjetiva.

2. Que la labor de los jueces se realice bajo el respeto a los principios garantísticos de justicia que protegen al ciudadano como potencial delincuente.
3. Que los demás ciudadanos orienten sus acciones también según el respeto de las normas; o, en todo caso, que *Ego* pueda razonablemente confiar en ese respeto por parte de *Alter*.

En relación con la presentación del modelo de persona que habrá de determinar el trato del Derecho penal al ciudadano, puede resumirse afirmando que el *homo politicus*, como sujeto racional e interesado prioritariamente en su propia libertad, orienta su actuación bajo una sola razón para la acción: la maximización de su libertad; si bien, para ello posee dos criterios de decisión: uno consecuencialista, como “hombre económico”, y otro basado en el respeto a las normas, como “hombre cooperador”. Como participe en una sociedad democrática, habrá generado una disposición al respeto a las normas esenciales que regulan la convivencia; pero como esa disposición viene siempre sometida a la satisfacción de sus intereses, la perspectiva del hombre cooperador estará siempre subordinada a la estabilidad –entendida como el respeto generalizado a las condiciones del acuerdo–, de cuyo grado dependerá la entrada en acción de la perspectiva de su faceta como hombre económico, pues si la cooperación, si el respeto a las normas no le reporta la máxima utilidad, lo más racional será la desconfianza⁵⁸⁴ y, consecuentemente, la tendencia al quebrantamiento de las mismas⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ En este sentido, LUHMANN. *Confianza*, pp. 123 y 124, afirma que la desconfianza no sólo es el reverso de la confianza, sino que es, asimismo, un *equivalente funcional* a ésta: la desconfianza conlleva también una reducción de complejidad, puesto que *Ego* orientará sus acciones bajo la previsión de posibles ataques por parte del entorno. Si bien, en cualquier

Esta imagen del hombre puede resultar demasiado optimista para quienes asuman una concepción antropológica pesimista; y viceversa, resultará demasiado negativa para quienes partan de una noción más optimista del hombre. En este sentido, debe tenerse en cuenta la relevancia que los excesos tanto optimistas como pesimistas de la imagen del hombre pueden conllevar para la comprensión del *ius puniendi*. Así, en una sociedad de demonios sería preciso un Derecho penal draconiano y contundente, carente de límites, pero en una sociedad de ángeles no sería necesario un Derecho penal. A mi juicio, la imagen del hombre como *homo politicus* supone una comprensión intermedia entre el "ángel" –sujeto incondicionalmente fiel al Derecho– y el "demonio" –sujeto incondicionalmente vulnerador del Derecho–, por lo que puede representar una imagen realista en relación a nuestra propia concepción como ciudadanos en la actualidad⁵⁸⁶.

caso, la desconfianza siempre será una opción más costosa que la confianza, puesto que el precio de la seguridad será mayor, ya que será precisa la articulación de más medios de evitación de lesiones de intereses personales.

585 BAURMANN. *El mercado de la virtud*, pp. 80 y 81, expresa similares ideas de la siguiente forma: "Primero, ambas reglas de decisión, la orientación consecuencialista y la sujeción a normas, son instrumentos para la persecución de intereses, es decir, ambas pueden ser vinculadas con la obtención de utilidad subjetiva en tanto razón para la acción.

"Segundo, estas reglas de decisión no se encuentran separadas entre sí, sino que también la elección entre ellas puede ser explicada como un proceso basado en intereses.

"Tercero, se mantiene una única pauta de racionalidad, pues, de acuerdo con dicho modelo, actúa racionalmente no ya el actor que se comporta consistentemente de acuerdo con una de ambas reglas de decisión sino sólo el actor que se comporta consistentemente de acuerdo con aquella regla que, en última instancia, maximiza su utilidad subjetiva".

586 En este sentido, ibíd., pp. 220, 221 y 245 y ss. Cfr. también LUHMANN. *Confianza*, pp. 125 y 126: "Una invocación generalizada de la confianza o de la desconfianza con referencia a todo posible sentido, es muy poco factible. Nadie puede esperar sólo lo bueno o sólo lo malo de cada uno, y en todo aspecto"; DOLLING, en *zstw* 102, 1990, p. 18: "El hombre no es sólo una esencia moral, sino también un *homo oeconomicus*. Y éste impone determinados límites a la confianza en la moralidad del hombre"; SEN. *Sobre ética y economía*, pp. 36 y 37: "Negar que las personas se comportan siempre de modo exclusivamente egoísta no es lo mismo que afirmar que actúan siempre de modo desinteresado [...] La cuestión real se encuentra en saber si es una pluralidad de motivaciones o exclusivamente el egoísmo lo que mueve a los seres humanos".

c. Razones para el respeto a las normas y el problema de la estabilidad

Como acabamos de ver, condición para la tendencia a la cooperación, para que *Ego* mantenga una inclinación al acatamiento voluntario de las normas, es la estabilidad, entendida en el sentido de que los demás participantes en el tráfico jurídico (*Alter* y Estado) orienten su actuación bajo el respeto a los criterios, racionales e intersubjetivamente emitidos, de justicia. En este sentido, ya vimos que el sometimiento por parte del Legislador a lo que sería un Derecho penal mínimo –el más "racional" en tanto en cuanto el balance entre la limitación de libertad y la maximización de libertad sería positivo para los ciudadanos– no sólo vendría impuesto por una exigencia liberal de legitimidad, sino también dada su mayor presunción de efectividad, en lo tocante al respeto de las normas. De igual forma, el respeto de los principios garantísticos de justicia en la aplicación del Derecho, fundamentado en criterios deontológicos, podría, al menos a largo plazo, ser además teleológicamente adecuado, ya que un sistema injusto, si bien susceptible de generar coyunturalmente consenso, sería a la larga desestabilizador. Planteados brevemente estos dos extremos de la estabilidad, las consideraciones siguientes harán hincapié en el tercero de ellos: la actuación de los ciudadanos. La tesis de partida será, entonces, que la actuación de los demás ciudadanos aportará razones a *Ego* para la decisión sobre el acatamiento de las normas.

Sabido es ya que el presupuesto de la cooperación en que se basa el orden social de una sociedad democrática exige que los participantes, posponiendo sus intereses a corto plazo, susceptibles de obtención a costa de la vulneración de las normas, desarrollen una tendencia en el respeto a las condiciones que hacen posible la cooperación. La generalización de esa actuación, dado el estado de estabilidad que generaría, permitiría que cada cual persiguiera y

desarrollara los medios necesarios para satisfacer sus intereses sin temor a que éstos se vieran vulnerados por intromisiones ilegítimas por parte de terceros. En otras palabras, *la cooperación generaría un estado de confianza en las expectativas de conducta de los miembros de la sociedad*, estado de confianza que es condición del libre disfrute de los intereses individuales. La cooperación es, así, factor esencial de la confianza⁵⁸⁷. Pero la confianza no es sólo consecuencia de dicha disposición generalizada a la cooperación⁵⁸⁸, inherente al acuerdo democrático, sino que es también requisito de la misma. La confianza es, así, factor esencial de la cooperación. En otras palabras, sólo cuando la confianza originada en el acuerdo pueda reproducirse se reproducirá la tendencia cooperadora. Cooperación y confianza se implican mutuamente.

El hombre cooperador, con su interés por establecer márgenes pacíficos de cooperación que posibiliten el beneficio mutuo y con el consiguiente sometimiento a las normas establecidas para ello, lo que busca en última instancia es la optimización de sus propios intereses. Así, la renuncia a perseguir el beneficio inmediato que una acción que vulnerara dichas normas pudiera reportarle, viene motivada por el hecho de que cabe confiarse en que la tendencia a la cooperación resultará, a la larga, más satisfactoria para sus intereses, por estar excluido el factor de riesgo y de permanente temor a ver sus bienes arrebatados por terceras personas, por un lado, y al poder construir instrumentos de actuación colectiva, más eficaces en relación a la consecución de fines que la acción individual⁵⁸⁹. Pero la cooperación, el respeto a las normas, sólo

⁵⁸⁷ Sobre ello, LUHMANN. *Confianza*, pp. 39 y ss.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 72: la confianza tiene su origen en un *compromiso mutuo* entre las partes.

⁵⁸⁹ Sobre esto, cfr. las consideraciones que realiza BAURMANN. *El mercado de la virtud*, pp. 105 y ss. sobre las "empresas cooperativas". Cfr. también LUHMANN. *Confianza*, p. 154; GAUTHIER. *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, pp. 122 y 123, argumentando con el clásico ejemplo de la cosecha dado por HUME.

resultará beneficiosa para el sujeto en la medida en que los demás acaten también las condiciones del pacto, es decir, que actúen asimismo como hombres cooperadores, y no como hombres egoístas. "Es racional cumplir con lo racionalmente acordado siempre que se tenga la garantía de que también las otras partes contratantes lo cumplirán"⁵⁹⁰. Así, un hombre cooperador tenderá al respeto de las normas sólo *cuando pueda esperar* que los demás respetarán las normas⁵⁹¹. *la confianza* en el respeto de las normas por parte de *Alter* ofrecerá a *Ego* una razón para reafirmarse en su disposición a la cooperación. Ello aparece ya en RAWLS, quien resalta que "aun cuando con un sentido de la justicia los hombres se unen en una aventura cooperativa, ello se basa en la *creencia* de que los demás cumplirán su parte, los ciudadanos pueden sufrir la tentación de evitar contribuir, cuando creen, o *sospechan* con razón, que los demás también lo evitan"⁵⁹². En este sentido, dado el entramado interpersonal en que se organiza toda cooperación, debe partirse de que las acciones individuales ejercerán influencia en el entorno⁵⁹³: una actitud cooperadora por parte de *Ego* fomentará actitudes cooperadoras en *Alter*⁵⁹⁴; y una actitud egoísta generará actitudes egoístas en el entorno.

⁵⁹⁰ ZIMMERLING, en *Doxa* 6 (1989), p. 50; en igual sentido, GÜNTHER. *Möglichkeit einer diskursethischen Begründung*, p. 207; AXELROD. *La evolución de la cooperación*, p. 69. La misma idea, respecto del acatamiento de las normas penales, expresan KINDHAUSER, en *GA* 1989, p. 502, y DÖLLING, en *zstw* 102, 1990, p. 17.

⁵⁹¹ Así, SCHUMANN. *Positive Generalprävention*, p. 4; BAURMANN, en *GA* 1994, p. 380; KUHNEN, en *ibid.*, p. 365, siguiendo al anterior. También GAUTHIER. *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 69: "En un tipo de interacción [...] cooperativa, un agente racional basaría en un principio moral su elección entre acciones posibles, siempre que esperara que los demás hicieran lo mismo".

⁵⁹² RAWLS. *Teoría de la justicia*, p. 376; cursivas añadidas.

⁵⁹³ Cfr. GAUTHIER. *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 70, y la distinción que hace entre relaciones paramétricas –en las que la configuración del entorno es independiente de la decisión– y estratégicas –en las que la decisión condiciona el entorno, por lo que la propia decisión se hará depender de las modificaciones esperadas en el entorno–, propias de la cooperación. En similar sentido, AXELROD. *La evolución de la cooperación*, p. 23.

⁵⁹⁴ Cfr. BAURMANN. *El mercado de la virtud*, pp. 94 y ss., especialmente, p. 96: "También

En suma, la confianza, la seguridad en las expectativas de que se cumplirán las normas, conlleva un criterio de estabilidad: fomenta la cooperación; y viceversa, la sospecha de que *Alter* vulnerará las condiciones de cooperación y hará predominar su componente económico frente al cooperador, generará, a su vez, desconfianza, y llevará la inestabilidad, ya que *Ego* dejará de tener razones para la cooperación⁵⁹⁵. Tenemos así un primer factor de inestabilidad: *la desconfianza*. Ante ello, el problema en relación con el mantenimiento del orden social es que aquel principio de confianza inferido del acuerdo intersubjetivo, que podrá darse fluidamente en empresas cooperativas de miembros reducidos, adolece de un considerable grado de precariedad en las sociedades actuales, dada su complejidad y pluralismo. Como vimos, una paradoja del liberalismo era que, si bien se configuraba como la respuesta más adecuada ante el hecho del pluralismo actual, ya que alternativas comunitaristas conllevarían actitudes conservadoras y opresivas, tendientes a la imposición coactiva de las convicciones morales de la mayoría, ese mismo pluralismo y complejidad se revelaba asimismo como un factor importante de inestabilidad. En estas sociedades, entonces, el hombre cooperador está sometido a la ponderación de la satisfacción de sus intereses bajo condiciones de *incertidumbre* y opacidad, ya que el anonimato propio de las mismas impide formar una expectativa definida respecto de la

desde este punto de vista es plausible considerar la capacidad de sujeción normativa como un *aumento* de las capacidades de un maximizador racional de utilidad. Ella abre una posibilidad *adicional* de influir en las expectativas y, con ello, en las acciones de otras personas" (Cursivas en el original). ASIMISMO, GAUTHIER. *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 106: "El cooperador se abstiene de perseguir la maximización del valor dadas sus expectativas sobre las estrategias de otros. Puede así influir en las decisiones ajenas y, por ende, en sus expectativas propias: otros cooperadores, anticipando su decisión, responden con una actitud cooperativa".

⁵⁹⁵ Así, LUHMANN. *Confianza*, p. 129. Siguiendo a MERTON, afirma que los procesos de confianza y desconfianza están sometidos a patrones de retroalimentación positiva, al modo de profecías de autocumplimiento.

confianza en la actuación de los demás⁵⁹⁶; en consecuencia, el principio de confianza interpersonal, pilar de la cooperación, se torna, en las sociedades complejas, en desconfianza. Dado este hecho, aun cuando las normas respondan a los intereses de todos los intervinientes —lo que permitía establecer una confianza *prima facie*—, la desconfianza propia de las sociedades complejas aporta —rías razones a *Ego* para no acatar las normas, ya que, dada la permanente sospecha respecto del compromiso de *Alter*, no podría asumirse por el primero que la cooperación satisfaría dichos intereses⁵⁹⁷.

Pero junto a ese primer factor de inestabilidad, el de la desconfianza, existe un segundo elemento, que opera también como causa de dicha desconfianza, y que amenaza por ello con socavar las bases de la cooperación⁵⁹⁸; éste no es otro que la inercia hacia tendencias no cooperativas. Con ello entra en escena la faceta del "hombre económico" que también posee nuestro *homo politicus*. Dicha inercia viene motivada por una realidad inherente a la racionalidad de la maximización del interés: en una organización basada en la cooperación existirá siempre una alternativa más racional que la cooperación para maximizar el interés personal: la del *free rider*, consistente en maximizar su interés inmediato a expensas de la cooperación de los demás⁵⁹⁹. *Ego* sabe que el respeto de las normas por parte de *Alter* depende de que éste espere que aquél respeta las

⁵⁹⁶ Cfr., sobre ello, BAURMANN. *El mercado de la virtud*, pp. 98 y 99.

⁵⁹⁷ En este sentido, destaca HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 87, la tendencia al incremento de las interacciones de tipo estratégico —basadas en la racionalidad de nuestro "hombre económico"— en las sociedades complejas de la actualidad, frente a una menor motivación a acciones comunicativas —propias de lo que venimos llamando "hombre cooperador"—.

⁵⁹⁸ Ambos elementos de inestabilidad están expuestos en RAWLS. *Teoría de la justicia*, pp. 376 y 377. En un sentido similar, también BAURMANN. *El mercado de la virtud*, p. 99; WITTING. *zstw* 107, 1995, p. 264.

⁵⁹⁹ Así, KINDEHAUSER. *Gefährdung*, p. 154; id., en GA 1989, p. 496. También RAWLS. *Teoría de la justicia*, p. 376: "Desde el punto de vista del propio interés, cada persona tiende a eludir el cumplir su parte".

normas; por ello, lo más racional para *Ego* será una *estrategia de simulación*⁶⁰⁰: crear la expectativa en *Alter* de que respetará las normas y al mismo tiempo aprovecharse de dicha confianza para vulnerarlas y beneficiarse de la cooperación de los demás. Pero esa estrategia conlleva una paradoja, ya que, como se dijo, la no cooperación generará antes o después situaciones de desconfianza⁶⁰¹: como todos los participantes, como *homo politicus* poseedores de dos reglas de decisión: cooperativa y económica, conocen el hecho de que lo más racional será la simulación y la no sujeción a normas, todos partirán de la desconfianza mutua, y tenderán a actuar de la misma forma, reproduciéndose la inestabilidad, la no cooperación. Dado este hecho, esa estrategia egoísta, aparentemente la más racional, conlleva en sí misma su propia refutación, que la hace en realidad menos racional a largo plazo. Reiteremos esta conclusión: la paradoja a que se enfrenta la regla de decisión del hombre económico es que, si bien lo más racional para *Ego* es, a corto plazo, quebrantar la norma y servirse del respeto de las normas por los demás, la disposición por parte de *Ego* al quebrantamiento de las normas abocaría a la desconfianza y, por tanto, al quebrantamiento generalizado de las normas por parte de *Alter*, lo que conllevaría, a la larga, un detrimento de los intereses de todos los participantes, incluido el del mismo *Ego*. La actuación bajo parámetros económicos vendría a reducir la libertad del propio actor. Es dado este hecho por lo que se afirmó que una sociedad de hombres económicos, al estilo hobbesiano, no sería viable; y por lo que puede reafirmarse la racionalidad de orden superior que

600 Cfr. BAURMANN. *El mercado de la virtud*, pp. 99 y 116 ss.; NOZICK. *La naturaleza de la racionalidad*, p. 30.

601 BAURMANN. *El mercado de la virtud*, p. 99: "... la utilidad posible de la simulación exitosa de una sujeción normativa puede ser grande [y] [...] la simulación misma puede ser fácil [...] Como consecuencia de ello, existe la amenaza de un ambiente de permanente desconfianza recíproca que puede convertirse en un gran obstáculo para poder realizar efectivamente las ventajas potenciales de la sujeción normativa disposicional".

conleva la cooperación en lo tocante a la maximización de la propia libertad. En suma, sólo la cooperación permitirá la satisfacción de los intereses de todos y de cada uno de los intervinientes en el entramado social; es decir, sólo la cooperación posibilita la continuidad de un orden social liberal y democrático.

Las consideraciones anteriores sobre la racionalidad de la cooperación, sobre la racionalidad del acatamiento de las normas, pueden representarse a modo de esquema por medio del dilema del prisionero⁶⁰², el cual ilustra, precisamente, lo que se ha querido expresar con anterioridad: una situación basada en la incertidumbre en la que la racionalidad económica de las partes, que se presenta a priori como la más racional de las opciones, viene a conllevar un resultado peor que el que arrojaría una actividad cooperativa, dado el hecho de que una actitud no cooperativa generaría la desconfianza y, con ello, actitudes no cooperadoras en el entorno. Imaginemos que dos presos, A y B, están acusados de un delito grave cuya pena es de 10 años de cárcel y a ambos, separados en diferentes celdas e incommunicados entre sí (situación de incertidumbre), se les presentan dos posibilidades de actuación: confesar o no confesar, las cuales conllevarán diferentes consecuencias respecto de la condena de ambos. Así, si sólo uno confiesa, el Estado le premia con la libertad y el otro es condenado a la pena máxima de 10 años; si, en cambio, los dos confiesan, reciben ambos una pena de 5 años; y si, por último, ninguno confiesa, se les impondrá a ambos una pena de 1 año de cárcel.

602 El dilema del prisionero, en similares versiones, aparece, por ejemplo, en RAWLS. *Teoría de la justicia*, p. 306 y nota 9; KINDHAUSER. *Gefährdung*, p. 154; id., en GA 1989, p. 496; GAUTHIER. *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, pp. 77 y 78, 94 y 95. Un tratamiento más extenso del mismo puede verse en NOZICK. *La naturaleza de la racionalidad*, pp. 80 a 91; AXELROD. *La evolución de la cooperación*, pp. 19 ss. y pássim. Cfr. asimismo, VALLESPÍN. *Historia de la teoría política*, pp. 289 y 290, quien, citando a GAUTHIER, pone en relación el dilema del prisionero con el problema del orden social en HOBBS.

De ello resulta que para A la opción óptima es confesar, pero siempre que B no confiese; es decir, la actuación egoísta (confesar) sólo maximizará el interés de A cuando B mantenga una actitud cooperadora (no confesar); pero A sabe que B razonará de igual forma, es decir, que se decidirá a confesar sólo cuando tenga la expectativa de que A no confiese. La no confesión de uno y la confesión del otro supondrá para el primero la máxima pena, por lo que, sabiendo A que la opción óptima de B será confesar, A optará también por la confesión, ya que, dada la desconfianza en la cooperación de B, no se arriesgará a mantener una actitud cooperadora y a cumplir la máxima pena. Así, haga lo que haga B lo más racional para A es confesar, y viceversa, ya que si uno no confiesa el otro obtiene con la confesión la libertad, y si ambos confiesan obtendrán una pena intermedia de 5 años⁶⁰³. Como vemos, ante situaciones de incertidumbre y de desconfianza, lo que aparece más racional sería una acción no cooperadora (confesar), pero esa maximización inmediata del interés por parte de ambos conllevará para los dos una situación peor -5 años de cárcel- que la que hubiera supuesto una actitud cooperadora por parte de ambos (no confesar), la cual supondría una pena de sólo 1 año de privación de libertad. Indudablemente, el máximo beneficio posible desde la perspectiva individual sería confesar sin que el otro lo haga (actitud del *free rider*), por lo que puede presumirse que una persona tenderá a actuar egoístamente siempre que espere una tendencia cooperadora en la otra, pero esa situación no podría darse ya que el otro, al saber que para aquél lo más racional es confesar, desconfiaría de su tendencia a la cooperación, por lo que

⁶⁰³ Ello puede expresarse también de la siguiente forma (Nozick. *La naturaleza de la racionalidad*, p. 81): cada prisionero razona como sigue: "Si la otra persona confiesa y yo no, a mí me caerán 10 años de cárcel; mientras que si yo confieso me caerán 5 años. Si la otra persona no confiesa y yo no confieso, me caerá 1 año de cárcel, mientras que si yo confieso, me dejarán libre. En cualquier caso, haga lo que haga la otra persona, a mí me irá mejor confesando que no confesando. Por lo tanto, confesaré".

tampoco cooperaría y también, por tanto, confesaría. En suma, el egoísmo sería contraproducente y sólo una actitud cooperadora podría maximizar el interés de cada uno⁶⁰⁴, pero la desconfianza en la cooperación del otro motivaría a la no cooperación.

Por todo ello, y dado que, en dicha situación interpersonal de opacidad e incertidumbre, la confianza en las sociedades actuales no podrá generarse espontáneamente, al modo de una 'mano invisible' reguladora de un libre mercado, es precisa la intervención mediadora del Estado, que reafirme la confianza en la estabilidad y aporte, con ello, razones suficientes para creer en los beneficios de la cooperación. En este sentido, el Derecho, y el Derecho penal, en lo que a nosotros concierne, podría entenderse, así, como un mecanismo regulador de la estabilidad.

d. El fin del Derecho penal como protección de la vigencia de las normas

Resumiendo las consideraciones anteriores en una tesis genérica, puede afirmarse que el mantenimiento y reproducción de la estabilidad del orden jurídico -es decir, del respeto a las normas- y, por extensión, del orden social, depende del grado de confianza en dicha estabilidad. Y que, en las sociedades actuales, dicha confianza no podrá autorreproducirse por vías espontáneas de cooperación social, sino que será preciso el establecimiento de un orden coercitivo que mantenga dicha confianza en los coasociados. A partir de esta tesis, y sirviéndome de algunas conclusiones a que llegamos en páginas anteriores, pueden ahora reconstruirse las líneas generales del fin que debe perseguir el Derecho penal.

⁶⁰⁴ Así, GAUTHIER. *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 106 y pássim.

Primer nivel de estabilidad. En una concepción liberal, la misma génesis del orden social está sostenida en la cooperación basada en el beneficio mutuo. Para establecer los márgenes de libertad con los cuales cada individuo pueda desarrollar su libertad personal sin temor a verla quebrantada por terceras personas, los coasociados, personas racionales interesadas prioritariamente en su propia libertad, acordarían el establecimiento de un orden normativo que respondiera con igualdad a los intereses de todos los participantes. Dado este hecho, puede establecerse que dichas normas, por todos acordadas, serían voluntariamente respetadas por los mismos. Expresado de otra forma, ha de partirse de una confianza *prima facie* en el respeto por parte de los ciudadanos al principio *pacta sunt servanda*, es decir, en que tenderán al respeto de las normas democráticamente elegidas. Tendríamos, así, un primer factor de confianza.

Desde este presupuesto, el criterio de motivación de la norma vendría dado por la vinculación valorativa del destinatario a la misma, dado el hecho de su autolegislación. Dada la tendencia a la cooperación que en un orden social de esas características mantendrían los ciudadanos, no sería preciso interponer medios directivos de conducta de carácter vinculante, sino que la misma pretensión legítima de respeto derivada del acuerdo motivaría en el respeto a las reglas de cooperación. La validez de las normas, originada en la cooperación intersubjetiva, generaría entonces confianza en el respeto a las mismas, fomentando la tendencia a la cooperación.

Pero el mero reconocimiento de las normas por los ciudadanos, si bien necesario, no es razón suficiente para su acatamiento y, por tanto, tampoco es razón suficiente para una confianza razonable en el respeto al pacto. Más allá de que en la realidad democrática las normas no responden a ese procedimiento ideal de producción, y que, por tanto, existirán grados de reconocimiento entre las diversas normas que conforman el ordenamiento jurídico-penal, el hecho es

que incluso las normas que responden al interés en la libertad de todos los destinatarios adolecerían de un considerable grado de inestabilidad⁶⁰⁵. Como se ha resaltado, son varios los factores de inestabilidad que vendrán a poner en tela de juicio la presunción de confianza *prima facie* en la tendencia a la cooperación.

Segundo nivel de estabilidad. Un primer factor de inestabilidad radicaba en el inevitable grado de desconfianza mutua presente en las sociedades complejas. Así, mientras en una pequeña organización cooperativa o, en general, en comunidades simples y cerradas, la presencia de intensos vínculos personales basados en la familiaridad bastaría para mantener la confianza en la vinculación a las normas por todos acordadas, en grandes sociedades complejas, donde predomina el pluralismo moral y político y en las que las relaciones interpersonales se diluyen en el anonimato, la confianza es un bien escaso y tiende a ser sustituida por la incertidumbre y la desconfianza mutua. En estas sociedades, aun cuando exista una disposición a la cooperación, dicha permanente incertidumbre e inseguridad respecto a las expectativas normativas generaría una rápida inestabilidad y los ciudadanos no encontrarían razones para el respeto de las normas, puesto que, como es sabido, para el ciudadano no será racional la cooperación si no existe un grado razonable de garantía en el acatamiento de las normas por parte de *Alter*. Se hace entonces preciso el establecimiento de un sistema institucionalizado y centralizado de organización social, capaz de generar coercitivamente dicha confianza. En palabras de LUHMANN, en sociedades complejas la confianza interpersonal se torna en desconfianza, por lo que ha de ser sustituida por la confianza institucional⁶⁰⁶. Así, los ciudadanos,

605 KINDHÄUSER, en GA 1989, pp. 496 y 497; similar, en *Gefährdung*, p. 154.

606 LUHMANN. *Confianza*, p. 65: la ley sería "sustituto" de la confianza interpersonal; cfr. también pp. 81 y ss.

conscientes de esa incertidumbre y opacidad en las relaciones—las cuales podrían venir paradigmáticamente representadas por el velo de ignorancia rawlsiano—, encontrarían racional la creación de un mecanismo formalizado de sanciones, que, dentro de unos márgenes estrictos de justicia, mantuviera vigente la seguridad de las expectativas normativas y ratificara que la cooperación continúa siendo el medio más racional para maximizar su libertad.

El fin del Derecho penal sería, según este segundo nivel de estabilidad, esencialmente el de *reafirmar* la vigencia de las expectativas normativas. Con la institucionalización de las normas de convivencia en un orden vinculante viene a manifestarse simbólicamente la disposición a la cooperación de los ciudadanos. Como afirma RAWLS, "Imponiendo un sistema público de sanciones, el gobierno excluye las bases para pensar que los demás no cumplen las normas. Únicamente por esa razón un Soberano coercitivo es siempre necesario"⁶⁰⁷. El criterio de motivación al acatamiento de las normas viene dado asimismo desde el origen consensuado de las normas jurídicas, si bien esa confianza *prima facie* del primer nivel de estabilidad se ve apoyada por la institucionalización y por su manifestación simbólica a través del revestimiento de autoridad del legislador legítimo. Dada la presunción, entonces, de que los ciudadanos son hombres cooperadores, respetuosos del Derecho, la sanción no habría de ejercer una motivación coactiva y directa al respeto de las normas; como vimos que afirmaban los defensores de esta concepción del Derecho penal, "las normas que tienen una base legítima no necesitan de la amenaza como medio de motivación"⁶⁰⁸, sino que el respeto a las normas vendrá generado en la corrección valorativa de las mismas⁶⁰⁹. La conminación

⁶⁰⁷ RAWLS. *Teoría de la justicia*, p. 276.

⁶⁰⁸ FEJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal*, p. 90.

⁶⁰⁹ En similar sentido, KÜHLEN, en GA 1994, p. 364; BAURMANN, en GA 1994, pp. 376 a 378, quien expresa dicho presupuesto bajo la concepción de WEBER de la "legitimidad por vía

penal abstracta, todo lo más, vendría a reforzar simbólicamente la pretensión de respeto del interés personal protegido por la norma⁶¹⁰. No obstante, según mi concepción ello no tiene por qué llevar a asumir, frente a la tendencia generalizada de la prevención general positiva, que haya de prescindirse o relativizarse el momento de *prevención* de conductas como *telos* del Derecho penal, sino que, si bien, dada la disposición a la cooperación de los ciudadanos, la conminación abstracta de pena, carente de funciones instrumentales de coacción directa⁶¹¹, poseería una función residual, esa función preventiva, tendente a la evitación de acciones desde el momento en que vaya a comenzarse su realización, sería realizada por el mensaje valorativo de la norma. Es decir, sería la propia norma y no la amenaza de pena la que, a través de su mensaje prescriptivo legítimo, ejercería una función directiva de conductas. Por su parte, respecto al fin de la pena, sería la imposición concreta la que adquiriría protagonismo frente a la amenaza. El fin de la misma sería, por un lado, el de ratificar la validez de las normas, por medio de la expresión simbólica de la corrección valorativa de las normas acordadas a expensas del que con su acción las ha puesto en duda—para lo que será preciso que la pena se ajuste a los límites garantísticos acordados por todos los ciudadanos, puesto que, como parte de los principios consensuados

de legalidad", según la cual los destinatarios atribuirían corrección normativa a las normas en base a la creencia en la legitimidad del legislador (sobre ello, cfr. también WEBER. *Soziologische Grundbegriffe*, pp. 62 y 63). No obstante, merece destacarse una diferencia entre esta concepción y la del texto: según el criterio liberal del contrato social aquí empleado, las normas serían legítimas no sólo en función de la legitimidad de la autoridad de la que emanan, sino en función del propio contenido de las normas (podría hablarse, así, de una diferencia entre la validez formal de la norma, basada en el procedimiento de creación, y una validez material, basada en el propio contenido de la norma). Para una crítica a la noción weberiana, cfr. HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 536, oponiéndole una validez material como criterio de legitimación—y, por tanto, de estabilidad—de las normas.

⁶¹⁰ Así también, por ejemplo, BUSTOS y HORMAZÁBAL. *Lecciones*, p. 50.

⁶¹¹ Así por ejemplo, BAURMANN, en GA 1994, pp. 378 y 379; KANGL. *Rechtsgüterschutz*, pp. 60 y ss.

en el contrato social, el quebrantamiento de los mismos pondría en tela de juicio el acuerdo en su conjunto y, por tanto, también la corrección de las normas de conducta⁶¹²; y, por otro lado, la reafirmación de la vigencia fáctica de las normas, ratificando a los ciudadanos respetuosos del Derecho que merece la pena mantener una disposición a la cooperación, dada la seguridad de que los demás mantendrán el respeto a las normas⁶¹³.

Con ello, el Derecho penal sirve al fin de mantener vigente la confianza de *Ego* en el respeto de las normas por parte de *Alter*, fin que, a su vez, se desplegará en dos objetivos distintos. Como vimos, la protección de la seguridad en las expectativas normativas de conducta conlleva una finalidad deseable para el ciudadano, por cuanto le permite mantener el trato con sus bienes y desarrollar sus intereses de forma pacífica y segura, con la garantía de que el ámbito de su libertad no será invadida. Por ello, la protección de ese estado de seguridad cognitiva es un bien en sí mismo para el ciudadano, y un fin legítimo, por tanto, en un Derecho penal liberal. Pero, como hemos visto posteriormente, la protección de la vigencia fáctica de las normas, es decir, el ejercicio en la confianza de que los demás mantendrán una disposición cooperadora, se configura también como una razón para la acción del hombre cooperador, como una motivación para el respeto de las normas. Un ciudadano respetuoso del Derecho interesado en la maximización de su libertad no respetará las normas a cualquier

⁶¹² En similar sentido KINDHAUSER, en GA 1989, p. 505; id. *Strafe, Strafrechtsgut*, p. 35. Similar, KUNZ, en ZStW 98, 1986, pp. 832 y ss.; BAURMANN, en GA 1994, p. 378. En este sentido, es correcta la afirmación de MÜLLER-PUG. PG 3/21 de que "... exigir que la prevención general no sólo se intente por el miedo a la pena, sino también por una razonable afirmación del Derecho en un Estado social y democrático de Derecho, supondrá tener que limitar la prevención general por una serie de principios que deben restringir el Derecho penal".

⁶¹³ Sobre algunas relaciones entre la concepción de RAWLS y la prevención general positiva, cfr. WITTIG, en ZStW 107, 1995, p. 270.

precio, sino que sólo encontrará racional el mantenimiento de dicho respeto cuando gran parte de los demás intervinientes en la interacción social adoptan asimismo una actitud respetuosa del Derecho. En palabras de KUHLEN, "la disposición general al acatamiento de las normas está ya en peligro, cuando los individuos toman conciencia de que otros quebrantan las normas, obteniendo ventajas de ello"⁶¹⁴. Por ello, la protección por parte del Derecho de la confianza en el respeto a las normas, ratificando simbólicamente al que confía que puede seguir confiando en el respeto de las normas por parte de esos "otros" anónimos y generalizados, no sólo operará como un fin en sí mismo, sino también como un medio para la motivación de conductas acordes a Derecho, es decir, como un medio dirigido a la reproducción de la estabilidad. Con ocasión de la exposición de la versión de la prevención general positiva dirigida a la protección de la vigencia de la norma emitimos algunas objeciones críticas que venían a afirmar que dicho fin, tal como era presentado por algunos de sus partidarios, aparecía como una teoría incompleta, puesto que el fin del aseguramiento de expectativas sólo podía realizarse si a su vez el Derecho perseguía un fin dirigido a la dirección de conductas. Ello era expresado con la siguiente tesis: *el Derecho sólo puede pretender garantizar a Ego que los demás respetarán la expectativa que la norma expresa si a su vez Ego es consciente de que esa norma ejerce cierta motivación sobre los demás dirigida a la evitación de conductas que vulnerarían esa expectativa*. Pues bien, con el bagaje de las consideraciones anteriores esa objeción podría relativizarse, afirmando que el fin de protección de la confianza de la norma es realizado a través de la motivación simbólica ejercida por la pena: por un lado, con su imposición, la pena ratifica la pretensión legítima de respeto de la norma; por otro, la pena, al confirmar simbólicamen-

⁶¹⁴ KUHLEN, en GA 1994, p. 365.

te a los respetuosos a Derecho que pueden seguir confiando en que los demás mantendrán una disposición a la cooperación, ejercerá a su vez sobre aquéllos una motivación para el mantenimiento en el respeto a las normas, ya que la cooperación seguirá siendo la alternativa más racional para la maximización de su libertad.

Tercer nivel de estabilidad. Con esa labor del Derecho penal quedaría anulado el primer factor de inestabilidad, viniendo la confianza institucional a sustituir a la confianza interpersonal, ausente en las sociedades complejas. Pero ya sabemos que existe aún un segundo factor de inestabilidad: en toda organización basada en la cooperación es inevitable que surjan tendencias egoístas, tendentes a la maximización del interés personal a expensas de los intereses ajenos, puesto que a primera vista lo más racional será servirse de las ventajas de la cooperación, del respeto de las normas por parte de los demás, y actuar como un hombre económico, vulnerando las normas. Dichas tendencias egoístas amenazan con erosionar la base de confianza mutua lograda con el ejercicio de la confianza institucional llevado a cabo por el Derecho penal a través de mecanismos simbólicos de reproducción de estabilidad, ya que *Ego*, consciente de que *Alter* quebrantará las normas, no encontrará en la cooperación un instrumento adecuado para maximizar sus intereses. En palabras de DÖLLING, "el ordenamiento jurídico no podrá contar con un respeto generalizado de las normas cuando tolera que los que quebrantan el Derecho alcancen mejores posiciones socio-económicas que los respetuosos del Derecho"⁶¹⁵. Por ello, en un tercer nivel de estabilidad, el Derecho penal debe estar capacitado para oponer medios tendentes a contrarrestar la potencialidad lesiva de la confianza que conlleva la racionalidad del hombre económico. Recuértese que la crítica fundamental contra la teoría de la protección de la vigencia de la norma era la

⁶¹⁵ DÖLLING, en *zstf* 102, 1990, p. 18.

de su ausencia de efectividad para el propio fin que perseguía, por cuanto, al partir *exclusivamente* de la presunción de que los ciudadanos eran respetuosos del Derecho, no dirigía sus medios preventivos hacia los potenciales delincuentes, sino que su labor se desarrollaba únicamente a través de medios simbólicos tendentes a la demostración y confirmación simbólica de dicho estado previo de confianza. Expresado de otra forma, su fin iba dirigido únicamente a reafirmar y mantener ese *statu quo* de estabilidad. Pero se ha expuesto ya que, dado su componente de racionalidad individual, la existencia de tendencias egoístas apenas puede ponerse en duda incluso en sociedades con un grado de cooperación relativamente estable. Por ello, el Derecho penal no puede sostener la persecución de sus fines únicamente con medios simbólicos, sino que condición para el mismo mantenimiento de la confianza en las expectativas normativas es el empleo de medios instrumentales dirigidos no sólo a *manifestar* la vigencia del acuerdo, sino a *imponer* coactivamente el acatamiento de conductas⁶¹⁶. Como el propio LUHMANN afirma, "uno debe tener presente que con la confianza en los medios generalizados de comunicación [sc. en nuestro caso, en el Estado], como con la confianza en general, se requiere un mínimo de fundamento real. Los pilares de la confianza deben construirse en terreno sólido. En los casos que hemos discutido, los soportes de la confianza principalmente se encuentran [...] en la posibilidad de activar el medio de coerción que pertenece al Estado sobre la base de las reglas establecidas"⁶¹⁷. Ha de insistirse, entonces, en que la confianza en el Derecho por parte de los ciudadanos no puede estar basada sino en la *eficacia* del propio Derecho respecto de su poder de imponerse frente a quienes no han desarrollado voluntariamente una disposición a la cooperación. Reiterando la afirmación de VON GEMMINGEN: "La

⁶¹⁶ En este sentido, especialmente, BAURMANN, en *GA* 1994, pp. 380 y 381.

⁶¹⁷ LUHMANN, *Confianza*, pp. 96 y 97.

vigencia social del Derecho se basa en una relación de intercambio entre *poder* y confianza⁶¹⁸.

Ciertamente, la confirmación simbólica de la vigencia de la norma aporta un motivo para el respeto de las normas por parte de los ciudadanos cooperadores, pero el problema es que esa motivación no es una razón *suficiente* para el acatamiento de las normas. El ciudadano, poseedor tanto de la racionalidad del hombre cooperador como de la del hombre económico, aunque haya desarrollado una tendencia voluntaria a la cooperación, *conoce* el hecho de que lo más racional a corto plazo para maximizar sus intereses es la no cooperación, por lo que, si bien *prima facie* su actuación social no se dirigirá por esa racionalidad, albergará una *sospecha* razonable sobre la actividad no cooperadora por parte de terceras personas, sospecha que, si no es refutada, generalizará la desconfianza, con lo que el ciudadano ya no encontrará razonable la cooperación, y optará por la racionalidad económica como pauta de su actividad social. Por ello, el Derecho ha de motivar a la no realización de conductas lesivas *también* al ciudadano no respetuoso del Derecho; de otra forma: el Derecho no puede concebir al ciudadano únicamente como potencial víctima o como respetuoso del Derecho, sino que, para fomentar el respeto al Derecho y, con ello, la confianza, ha de tratar al ciudadano también como potencial delincuente.

Como afirma BAURMANN, "el incentivo de una estrategia no cooperativa depende decisivamente de cuán grande sea el *riesgo* vinculado con una estrategia tal"; y "el grado de ese riesgo depende de los controles sociales existentes en una sociedad, es decir, depende de los esfuerzos que se emprendan para prevenir las violaciones de normas"⁶¹⁹. A los ciudadanos no cooperadores, la confirmación

⁶¹⁸ VON GEMMINGEN. *Die Rechtswidrigkeit*, p. 162; cursiva añadida.

simbólica de la pretensión de respeto de la norma en nada motivará hacia ese respeto, ya que condición para ello es que previamente existiera esa disposición a la cooperación; y la confirmación de la vigencia fáctica de las normas no sólo no generará en él razones para el acatamiento sino, por el contrario, le ofrecerá una razón para su quebrantamiento, puesto que le asegurará en la cooperación de los demás, requisito para que la vulneración de las normas suponga una satisfacción de sus intereses. Por ello, el Derecho penal debe establecer un mecanismo de disuasión preventivo dotado del grado de coactividad suficiente para generar en los ciudadanos no respetuosos de las normas la seguridad de que el quebrantamiento de las mismas supondrá un detrimento de sus intereses, de que los costes de la no cooperación serán, a corto plazo, superiores a los beneficios. Por ello, para los no cooperadores sólo un fin de intimidación directo estará en disposición de imponerles que la no cooperación no merece la pena. Así, dado que los cooperadores conocen el hecho de que existirán conductas no cooperadoras, encontrarán razonable acordar intersubjetivamente la instauración de una pena preventiva que sirviera a la protección efectiva de sus intereses frente a este tipo de conductas. En suma, el fin de protección de la vigencia de la norma sólo puede realizarse efectivamente si viene acompañado de un fin de intimidación, puesto que Ego, que *alberga una sospecha razonable sobre la posibilidad de acciones no cooperativas de Alter*, sólo podrá confiar en que éste no quebrantará las normas si el Derecho penal posee un grado de coerción suficiente para que el propio Ego, consciente de la racionalidad de la no cooperación, encuentre irracional para sus intereses, dado el riesgo de sanción, la vulneración de las normas. Así, el ciudadano que ha desarrollado una disposición a la cooperación no vería dirigida hacia él la amenaza de pena, por lo que ésta no ejercería sobre él una motivación *directa* —la cual vendría dada por el componente valorativo de la propia norma—, sino *indirecta*, en

⁶¹⁹ BAURMANN. *El mercado de la virtud*, p. 201.

tanto en cuanto con su interposición podría confiar razonablemente en que los demás, los no cooperadores, encontrarán razones suficientes para el no quebrantamiento de las normas, lo que a su vez le ofrecerá a él razones para mantener dicha disposición cooperativa.⁶²⁰ La norma penal, acompañada de la amenaza de pena, operaría, entonces, de forma distinta según que el destinatario actúe como hombre cooperador o como hombre económico: en palabras de HABERMAS, "para quien actúa estratégicamente [nuestro hombre económico] esa norma se sitúa en el plano de los hechos sociales que restringen externamente el espacio de opciones del actor, para quien actúa comunicativamente [hombre cooperador] la norma jurídica se sitúa en el plano de las expectativas de comportamiento dotadas de carácter obligatorio, en relación con las cuales se presupone entre los miembros de la comunidad jurídica un acuerdo racionalmente motivado [...] Ahora bien, la validez jurídica de una norma –y en esto consiste su gracia– significa que vienen garantizadas *ambas cosas a la vez*: tanto la legalidad del comportamiento en el sentido de una observancia estadísticamente media de la norma, observancia que en caso necesario se consigue mediante sanciones, como también la legitimidad de la regla misma, que hace posible en todo momento una observancia de la norma por respeto a la ley"⁶²¹. En suma, el fin de intimidación quedaría, como por algún autor se ha postulado, como una "segunda línea de defensa"⁶²², como un fin subsidiario –y no obstante imprescindible– que, al ejercer una motivación directa en los potenciales delincuentes, eliminaría esa

620 Una idea similar se encuentra, por ejemplo, en DÖLLING, en *zstW* 102, 1990, p. 15: "Por medio de la pena el Derecho expresa que está dispuesto y que tiene medios para imponerse. Esto podría mejorar las perspectivas de acatamiento de las normas, puesto que los destinatarios se someterán con más motivo a las normas cuando reconocen que el legislador pretende seriamente el respeto a las normas y que fácticamente está también en disposición de imponerse frente al delincuente".

621 HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 93; cursivas en el original.
622 Así, ZIPF, en *Pallin-FS*, p. 485, citando a NOWAKOWSKI.

sospecha razonable y garantizaría en grado suficiente la seguridad de la vigencia de las normas en la mayoría de los ciudadanos, respetuosos del Derecho, lo que reproduciría, a su vez, la disposición generalizada a la cooperación. En este sentido, debe concluirse que, contra lo afirmado por algún autor, *también* las normas que poseen una base legítima necesitan la amenaza como medio de motivación, tanto directa para potenciales delincuentes como, en consecuencia, indirecta para ciudadanos respetuosos de las normas, por lo que un Derecho penal legítimo no podrá prescindir del fin de intimidación.

e. Los fines preventivos del Derecho penal: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de las normas

La concepción del Derecho penal que hemos establecido hasta ahora se configura como un instrumento establecido por los individuos dirigido a la regulación y reproducción de estabilidad, a través del fortalecimiento de la confianza en el respeto generalizado de las normas. Así, por ejemplo, la razón de ser de la intimidación, uno de los fines de la pena que un Derecho penal democrático debe, secundariamente, perseguir, ha venido justificada no tanto en su faceta de prevención directa de conductas lesivas, sino sobre todo como un mecanismo fortalecedor de la confianza de los ciudadanos ya respetuosos del Derecho⁶²³. En otras palabras, el mismo fin de intimidación se entendería como un medio dirigido al fin último de la "protección de la vigencia del ordenamiento jurídico". La cuestión que debemos plantearnos ahora es si esa ha de ser la misión de último orden a que haya de servir el Derecho penal, o si, por el contrario, habrá de encuadrarse, a su vez, dentro del fin clásico de "protección de bienes jurídicos".

623 Críticas a la exclusión en la prevención general positiva de la prevención de intimidación se encuentran también en SCHÜNEMANN. *Sobre la crítica*, p. 96, si bien por otros motivos.

El ejercicio en la vigencia del Derecho puede entenderse, estructuralmente, como un mecanismo "autorreferencial", mediante el cual el Derecho, por decirlo así, se afirma a sí mismo, restableciendo el estado de confianza existente antes de la realización de un delito. Pero ello, frente a algunas posiciones críticas, no debe entenderse como un ejercicio vacío, desprovisto de fines "externos" al Derecho mismo; por el contrario, ha de reiterarse que el mantenimiento de la seguridad de que en las relaciones sociales los ciudadanos no verán vulnerados sus intereses supone para los mismos un importante bien: la seguridad de las expectativas normativas juridificadas se erige en condición relevante de la libertad individual, puesto que permite un desarrollo de sus intereses personales en condiciones de paz y tranquilidad. Por ello, como se afirmó, la protección de la vigencia del ordenamiento —entendido como conjunto de expectativas generalizadas de confianza— ha de ser un fin legítimamente perseguido por un Derecho penal liberal y democrático.

No obstante, ya fue expuesto que la protección de la seguridad cognitiva debía verse sostenida en la protección efectiva de la seguridad de esas condiciones materiales de libertad: la vida, la integridad física, la propiedad, etc.; es decir, lo que en Derecho penal viene a denominarse bienes jurídicos. Un Derecho penal liberal se fundamenta y legitima en torno a la protección y el respeto de los intereses del individuo. Ya hemos visto que, para un ciudadano racional interesado prioritariamente en su propia libertad, la cooperación, así como en general la estabilidad —entendida como el respeto generalizado de la normas—, eran, en última instancia, un instrumento adecuado para la maximización de su libertad. Y también la confianza, si bien condición de la misma, no es más que el medio en que poder desarrollarla, para lo cual son necesarios, en orden preferente a esa seguridad, los intereses esenciales que hacen posible la participación del individuo en sociedad. Por ello, considero que labor del mismo ha de ser no sólo la protección de esa seguridad cognitiva, sino antes, la protección

del objeto de esas expectativas, que son los intereses esenciales del ciudadano: la vida, la integridad corporal, la propiedad, etc. Así, entiendo que el fin primordial que los ciudadanos racionalmente persiguen con el establecimiento de normas de conducta vinculantes es el de proteger las condiciones materiales de su libertad, por medio de la coerción de acciones tendentes a la lesión de esos intereses, y sólo secundariamente el de generar estados sociales de confianza. En suma, si, como vimos, el núcleo axiológico y valorativo del liberalismo político eran los intereses del individuo, un Derecho penal liberal deberá optar por el fin de protección material de dichos intereses, de los bienes jurídicos.

Indudablemente, entre el fin de aseguramiento de expectativas y el fin directivo de conductas existe, en principio, una relación de reciprocidad funcional, configurándose uno como medio para el otro, y viceversa: el ejercicio en la vigencia de la norma conlleva en sí una motivación para el respeto de las normas —al menos a los ciudadanos ya respetuosos del Derecho—; y a su vez, el ejercicio en el respeto de las normas —tanto a través de la expresión simbólica de la validez normativa de la norma como a través de la conminación por la amenaza de pena— conllevaría la consecución del fin de mantenimiento de la confianza⁶²⁴. Por ello, del propio fin de protección de la vigencia se derivaría el de la evitación de conductas lesivas. Pero debe tenerse en cuenta que, en rigor, el fin de protección de la vigencia de las normas sólo persigue el mantenimiento de una cierta expectativa social de confianza, de seguridad en que las

⁶²⁴ Esta relación de reciprocidad aparece también en AMELUNG cuando pone en relación el modelo de protección del bien jurídico en el sentido welzeliano (protección por la norma de conducta) y el modelo de protección del "bien jurídico institucional" (protección por la sanción). Afirma, así, este autor (*Rechtsgüterschutz*, p. 203): "No se trataría únicamente de asegurar la vigencia de determinadas normas institucionales, en aras de proteger los bienes jurídicos en sentido welzeliano; sino que asimismo, y recíprocamente, la vigencia de esas normas y con ello la estabilidad de la institución dependería de que los bienes jurídicos en sentido welzeliano protegidos por esas normas no sufrieran daño por acciones anti-normativas".

normas no serán lesionadas, lo que no tiene por qué implicar que esas normas no sean, *de facto*, lesionadas. Lo fundamental para mantener la vigencia de las normas no es, dicho en otros términos, que no se lesionen intereses ajenos, sino que los ciudadanos *crean* que no son lesionados. De ahí el riesgo de este cometido del Derecho penal de convertirse en tecnocrático, mediante una eventual estrategia de *desinformación* por parte de los poderes públicos, creando falsamente el espejismo de que rige en la sociedad una seguridad materialmente inexistente. Ello viene a relativizar en gran medida la reciprocidad funcional entre ambos fines: mientras la efectiva protección de bienes jurídicos llevará siempre a la protección de la vigencia de las normas, porque el fin es que estas sean *de facto* respetadas, el cometido de la protección de la vigencia, si bien puede llevar a quienes ya parten de un respeto previo a mantenerse en el mismo, no implicará *per se* la efectiva protección de los bienes jurídicos, sino sólo la creencia en que ello se produce. Materialmente, entonces, la satisfacción de *ambos* cometidos sólo podrá realizarse cuando se erija en fin primordial el de protección de bienes jurídicos. Por ello, el orden de reciprocidad corre en una sola dirección: en un Estado democrático, en el cual la relación entre la sociedad y los poderes públicos debe ser consensual y transparente, y no basada en la creación estratégica de ficciones de seguridad, el fin de aseguramiento de expectativas sólo *debe* realizarse si el Derecho penal protege efectivamente los bienes jurídicos. Expresado gráficamente, y como tantas veces se ha reiterado: el Derecho penal sólo puede asegurar al ciudadano que sus bienes no serán atacados en la medida en que articule medios para proteger esos bienes. En este sentido, considero que la opción por un fin u otro como *telos* del Derecho penal ha de atender especialmente a criterios de legitimación valorativa, según los cuales, desde una concepción liberal, fin primordial habrá de ser la protección los intereses individuales inmediatos –seguridad material de bienes jurídicos–, y sólo complementariamente la protección de la seguridad cognitiva, que puede entenderse como un bien mediato para los ciudadanos.

En conclusión, el fin *preventivo* del Derecho penal –además del fin *garantístico* de protección del ciudadano frente a la violencia estatal– radica primordialmente en la protección de bienes jurídicos, y sólo secundariamente en la protección de la vigencia de la norma; fines, como se ha expresado, íntimamente vinculados funcionalmente, si bien no completamente recíprocos. Así, el fin de aseguramiento de expectativas operaría como un fin en sí mismo, si bien de segundo orden, pero también como un medio –dado su fomento del respeto de las normas– para la consecución del fin prioritario de la protección de bienes jurídicos. Por lo demás, dado que la finalidad prioritaria es la evitación de acciones lesivas, ello implica que el peso teleológico vendrá dado por el primer momento *preventivo*, realizado a través de la norma de conducta, cuyo fin radica, por un lado, en la prevención de conductas lesivas para los intereses de los ciudadanos a través de la motivación basada en el reconocimiento de la validez valorativa de la misma, motivación que vendrá apoyada, además, en la conminación disuasoria producida por la amenaza de pena⁶²⁵, y, por otro, y como consecuencia de dicha motivación, en el aseguramiento de la expectativa normativa. Por su parte, el momento represivo de la sanción impuesta tenderá al fin secundario –si bien imprescindible– de ratificar la pretensión de respeto de la norma, reafirmando simbólicamente la corrección normativa de la misma, y al fin de confirmar la seriedad de la amenaza; *sólo con los cuales podrá realizar el otro fin* que persigue, el de la confirmación de la vigencia de la norma.

⁶²⁵ Siguiendo a HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 89, quien destaca asimismo los factores de inestabilidad característicos de las sociedades actuales, podríamos decir que “el tipo de normas buscado [sc. que pudiera ser aceptado por todos los participantes] tenderá, según esto, que causar en sus destinatarios una disponibilidad a la obediencia basada simultáneamente en la coerción fáctica y en la validez legítima” (cursiva en el original).

BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, H. "Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad", en SCHÜNEMANN (comp.). *El sistema moderno del Derecho penal*.
- ADAMS, M. y S. SHAVELL. "Zur Strafbarkeit der Versuchs", en GA 1990.
- ALCÁZER GUIRAO, R. "Facticidad y normatividad en Derecho penal. Racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica", en NDP 1998, B.
- AMELUNG, K. "Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit", en JUNG, MÜLLER-DIETZ y NEUMANN. *Recht und Moral*.
- AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972.
- ANDENAES, J. *Punishment and Deterrence*, 1974.
- ANTÓN ONECA, J. *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, 1944.
- AXELROD, R. *La evolución de la cooperación*, 1996.
- BAIER, K. "El egoísmo", en SINGER. *Compendio de ética*.
- BARATTA, A. "Jenseits der Strafe - Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft", en *Arthur Kaufmann-Festschrift zum 70 Geburtstag*, 1993.
- BARATTA, A. "Integración-prevenición. Una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en CPC 1984.

- BAUMANN, WEBER y MITSCH. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., 1995.
- BAURMANN, M. *El mercado de la virtud*, 1998.
- BAURMANN, M. *Der Markt der Tugend*, 1996.
- BAURMANN, M. "Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention", en GA 1994.
- BAURMANN, M. *Strafe im Rechtsstaat*, en BAURMANN y KLIEMT (eds.). *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*.
- BAURMANN, M. "Schuldlose Dogmatik ?", en LÜDERSEN y SACK. *Abweichendes Verhalten*, IV.
- BAURMANN, M. *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, 1981.
- BAURMANN, M. y H. KLIEMT (eds.). *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, 1991.
- BECCARIA, C. *De los delitos y las penas*, 1984.
- BERLIN, I. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, 2.ª ed., 1996.
- BETEGÓN, J. *La justificación del castigo*, 1992.
- BETEGÓN, J. y J. R. DE PÁRAMO. *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, 1990.
- BICKEL, C. "Ferdinand Tönnies", en *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, Band v, FETSCHER y MÜNKLER (eds.), 1987.
- BILBENY, NORBERT. *Política sin Estado*, 1998.
- BOBBIO, N. "Prólogo" a L. FERRAJOLI. *Derecho y razón*.
- BOBBIO, N. "Hegel und die Naturrechtslehre", en *Materialien zur Hegels Rechtsphilosophie*, Band 2, M. RIEDEL (ed.).

- BOCK, M. "Prävention und Empirie-Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen", en JuS 1994.
- BOCK, M. "Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention", en zstw 103, 1991.
- BÖLLINGER, L. "Generalprävention als sozialisationsfaktor? Zur Kritik der Dogmatisierung sozialwissenschaftliche Begriffe", en KrimJ, 1, 1987.
- BULLASCH, U. *Rechtsnorm und Rechtssystem in der Normentheorie Emile Durkheims*, 1987.
- BURKHARDT, B. "Das Zweckmoment im Schuldbegriff", en GA 1976.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho penal español. Parte general*, 4.ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por H. HORMAZÁBAL MALARÉE, 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho penal*, I, 1997.
- CALLIES. "Strafzwecke und Strafrecht", en NJW 1989.
- CAMPS, V. "Introducción" a RAWLS, *Sobre las libertades*.
- CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español. Parte general*, I. "Introducción", 5.ª ed., 1997.
- CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español. Parte general*, I. Introducción, Teoría jurídica del delito, 1, 4.ª ed., 1994.
- CORTINA, A. *Ética sin moral*, 3.ª ed., 1995.
- CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, "Teoría del delito 1", 2.ª ed., 1996.

- DAHLM, G. *Gemeinschaft und Strafrecht*, 1938.
- DAHLM, G. y F. SCHAFFSTEIN. *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933.
- DAHRENDORF, R. *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, 1965.
- DÍAZ, E. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 4.ª ed., 1972.
- DÖLLING, D. "Generalprävention: Realität oder Illusion?", en *zstw* 102, 1990.
- DURKHEIM. *La división del trabajo social*, 1991.
- DWORKIN, G. "El paternalismo", en BETEGÓN y DE PARAMO. *Derecho y moral*.
- DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, 1997.
- ENGELSH, K. *Einführung in das juristische Denken*, 1983.
- FAUCONNET, P. "Warum es die Institution 'Verantwortlichkeit' gibt?", en LÜDERSEN y SACK. *Abweichendes Verhalten*, II, 1.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, 1997.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995.
- FEUERBACH, J. A. *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 14.ª ed., 1847, anotado por C. J. A. MITTERMAIER.
- FLETCHER, G. P. "Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht", en *zstw* 101, 1989.
- FORST. *Kontexte der Gerechtigkeit*, 1996.
- FORST. "Kommunitarismus und Liberalismus-Stationen eine Debatte", en HONETH (ed.). *Kommunitarismus*.

- FRANKENA, W. K. *Analytische Ethik. Eine Einführung*, 5.ª ed., 1994.
- FREUND, G. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 1998.
- FRISCH, W. *An den Grenzen des Strafrechts*, W. STREE y J. WESSELS. *Festschrift*, 1993.
- FROMMEL, M. "Umriss einer liberal-rechtsstaatlichen Normverdeutlichung durch Strafrecht", en *Schüler-Springorum-Festschrift*, 1993.
- FROMMEL, M. "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel", en *ADPCP* 1989.
- GACTO FERNÁNDEZ, E.; J. A. ALEJANDRE GARCÍA y J. M. GARCÍA MARÍN. *Manual básico de historia del Derecho*, 1997.
- GALLAS, W. "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", en *zstw* 67, 1955.
- GALLAS, W. "Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsverletzung", en *Gleispach-Festschrift*, 1936.
- GARCÍA AMADO, J. A. "Del método jurídico a las teorías de la argumentación", en *AFD* 1986.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Derecho penal. Introducción*, 1995.
- GARZÓN VALDÉS, E. "Weitere Überlegungen zur Beziehung zwischen Recht und Moral", en *Krawietz-Festschrift*, 1993.
- GARZÓN VALDÉS, E. "Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?", en BAURMANN y KLIEMT. *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*.
- GAUTHIER, D. *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, 1998.
- VON GEMMINGEN, H. D. T. "Kriminalpolitischer Schulenstreit und Verurteilung", en *zstw* 52, 1932.

- GEHART, W. *Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims*, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios*.
- GIMBERNAT ORDEIGE, E. "El sistema de Derecho penal en la actualidad", en *Estudios*.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.; B. SCHÜNEMANN y J. WOLTER (eds.). *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1994.
- GÜNTHER, K. "Möglichkeit einer diskursethischen Begründung des Strafrechts", en JUNG, MÜLLER-DIETZ y NEUMANN. *Recht und Moral*.
- GUTMANN, A. "Die kommunitaristischen Kritikern des Liberalismus", en HONETH (ed.). *Kommunitarismus*.
- GUTMANN, T. "Keepin 'em down on the farm after they've seen Paree': Apories des Kommunitaristischen Rechtsbegriffs", en *ARSP* 1997.
- HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, 1998.
- HABERMAS, J. "Reconciliación mediante el uso público de la razón", en HABERMAS y RAWLS. *Debate sobre el liberalismo político*.
- HABERMAS, J. "'Razonable' versus 'verdadero' o la moral de las concepciones del mundo", en HABERMAS y RAWLS. *Debate sobre el liberalismo político*.
- HABERMAS y RAWLS. *Debate sobre el liberalismo político*, 1998.
- HAFFKE, B. *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, 1976.
- HARDWIG, W. "Personales Unrecht und Schuld", *Msschr Krim* 1961.

- HARDWIG, W. "Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht", en *ZStW* 68, 1953.
- HARE, R. M. "El prescriptivismo universal", en SINGER. *Compendio de ética*.
- HART, H. L. A. "Prolegomenon to the Principles of Punishment", en *Punishment and Responsibility*, 1968.
- HART, H. L. A. "Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral", en *Recht und Moral. Drei Aufsätze*, compilación de artículos de HART, N. HOERSTER (ed.), 1971.
- HART, H. L. A. "The Enforcement of Morality", en *The Morality of the Criminal Law, Two Lectures*, 1964.
- HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*, 1963.
- HASSEMER, W. "Warum und zu welchem Ende strafen wir?", en *ZRP* 1997.
- HASSEMER, W. "El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal 'eficaz'", en *Estudios penales y criminológicos*, 1991.
- HASSEMER, W. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., 1990.
- HASSEMER, W. "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", en *NSfZ* 1989.
- HASSEMER, W. "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", en *Jenseits der Funktionalismus, Arthur Kaufmann-Festschrift*, 1989.
- HASSEMER, W. "Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social", en S. MUR PUIG (ed.). *Derecho penal y ciencias sociales*, 1982.
- HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1972.
- HASSEMER, LÜDERSEN y NAUCKE. *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt, 1979.

- HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, 1989.
- HEGEL. *Principios de la filosofía del Derecho*, J. L. VERMALL (trad. y prólogo), 1998.
- HERZOG. *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, 1987.
- HINSCH, W. "Einleitung", en RAWLS. *Die Idee des politischen Liberalismus*.
- HIRSCH, H.-J. "El principio de culpabilidad y su función en Derecho penal", en NDP, A, 1996.
- HÖFFE, O. (ed.). *Einführung in die utilitaristische Ethik*, 1975.
- HÖRNLE, T. y A. VON HIRSCH. "Positive Generalprävention und Tadel", en GA 1995.
- HOERSTER, N. *Problemas de ética normativa*, 1992.
- HOERSTER, N. (ed.). *Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie*, 1990.
- HOERSTER, N. "Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral", en JZ 1989.
- HOERSTER, N. "Zur Begründung staatlichen Strafens", en *Otto Weinberger-Festschrift*, 1984.
- HOERSTER, N. "Rechtsethik ohne Metaphysik", en JZ 1982.
- HOERSTER, N. "Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens", en GA 1970.
- HONETH, A. (ed.). *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, Frankfurt, 1993.
- HORMAZÁBAL MALARÉE. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, 1991.

- VON HUMBOLDT, W. *Los límites de la acción del Estado*, 1988.
- JÄGER, H. "Psychologie des Strafrechts und der strafenden Gesellschaft", en LÜDERSSEN y SACK. *Abweichendes Verhalten II*.
- JAKOBS, G. "Sobre el fin de la pena", en PJ 1997.
- JAKOBS, G. *Estudios de Derecho penal*, 1997.
- JAKOBS, G. "Culpabilidad y prevención", en JAKOBS. *Estudios de Derecho penal*.
- JAKOBS, G. "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en JAKOBS. *Estudios de Derecho penal*.
- JAKOBS, G. "El principio de culpabilidad", en JAKOBS. *Estudios de Derecho penal*.
- JAKOBS, G. *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996.
- JAKOBS, G. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und Alteuropäischen Prinzipien", en zstw 107, 1995.
- JAKOBS, G. *Die Strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992.
- JAKOBS, G. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991.
- JELLINEK, G. *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* (1878), 1967.
- JESCHECK, H.-H. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., 1993.
- JUNG, H., H. MÜLLER-DIETZ y U. NEUMANN (eds.). *Recht und Moral. Versuch einer Standortbestimmung*, 1991.
- KARGL, W. "Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz", en *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995.

- KARSTEDT-HENKE, S. "Die Einschätzung der generalpräventiven Faktoren und ihrer Wirksamkeit durch die Bevölkerung - Ergebnisse einer empirischen Untersuchung", en *KrimJ* 1987.
- KAUFMANN, ARMIN. *Lebendiges und Totes im Bindings Normentheorie*, 1954.
- KAUFMANN, ARTHUR. "Über die gerechte Strafe", en *Hilfde Kaufmann-Festschrift*, 1987.
- KIM, Y.-W. *Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips. Ein Versuch zur Rekonstruktion der jüngsten Diskussion zu "Schuld und Prävention"*, 1987.
- KINDHÄUSER, U. "Rechtstreue als Schuldkategorie", en *zstw* 107, 1995.
- KINDHÄUSER, U. "Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüteschutz", en *Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip*, LÜDERSSEN, NESTLER-TREMER y WEIGEND (eds.), 1990.
- KINDHÄUSER, U. *Gefährdung als Straftat*, 1989.
- KINDHÄUSER, U. "Personalität, Schuld und Vergeltung", en *GA* 1989.
- KÖHLER, M. *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, 1983.
- KÖHLER, J. *Studien aus dem Strafrecht*, 1890.
- KOLLER, P. "Theorien des Sozialkontrakts als Rechtfertigungsmodelle politischer Institutionen", en *O. Weinberger-Festschrift*, 1984.
- KÖSTLIN, R. *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845.
- KUHLEN, L. "Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?", WOLTER y FREUND (eds.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess*.
- KUHLEN, L. "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", en *GA* 1994.

- KUNZ, K.-L. "Prävention und gerechte Zurechnung", en *zstw* 198, 1986.
- LARMORE, C. "Politischer Liberalismus", en HONETH (ed.). *Kommunitarismus*.
- LAPORTA, F. *Entre el Derecho y la moral*, 1993.
- LESCH, H. H. "Intervención delictiva e imputación objetiva", en *ADPCP* 1995.
- LESCH, H. H. "Zur Einführung in das Strafrecht. Über den Sinn und Zweck Staatlichen Strafs", en *JA* 1994.
- LESCH, H. H. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1991.
- LÓPEZ CALERA, N. "Funciones del Derecho", en GARZÓN VALDÉS y LAPORTA. *El Derecho y la justicia*, 1996.
- LÜDERSSEN, K. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und Alteuropäischen Prinzipien denken", en *zstw* 107, 1995.
- LÜDERSSEN, K. *Abschaffen des Strafs*?, 1995.
- LÜDERSSEN, K. "Strafrecht und 'Dunkelziffer'", en LÜDERSSEN y SACK. *Abweichendes Verhalten*, I.
- LÜDERSSEN, K. "Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems", en HASSEMER, LÜDERSSEN y NAUCKE. *Hauptprobleme der Generalprävention*.
- LÜDERSSEN y SACK. *Seminar: Abweichendes Verhalten*. I, 2.ª ed., 1982, III-1 1975, IV, 1980.
- LUHMANN, N. *Confianza*, 1996.
- LUHMANN, N. *Rechtssoziologie*, 2.ª ed., 1983.
- LUHMANN, N. "Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?", en *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1981.

- LUHMANN, N. *Soziale Systeme*, 1984.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. "Alcance y función del Derecho penal", en *ADPCP* 1989.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. "Prevención general y psicoanálisis", en S. MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, 1982.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979.
- MACCORMICK, N. "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", en BETEGÓN y PÁRAMO. *Derecho y moral*.
- MACINTYRE, A. "Ist Patriotismus eine Tugend?", en HONETH (ed.), *Kommunitarismus*.
- MAIHOFFER, W. "Die gesellschaftliche Funktion des Rechts", en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970.
- MAIHOFFER, W. "Hegels Prinzip des modernen Staates", en M. RIEDEL (ed.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, t. 2.
- MARXEN, K. *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975.
- MATA Y MARTÍN, R. M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, 1997.
- MAYER, H. "Der Verbrechensbegriff", en *Deutsches Strafrecht*, 1938.
- MAYER, H. *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936.
- MILL, J. S. *Sobre la libertad*, 1997.
- MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., 1996.
- MIR PUIG, S. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994.
- MIR PUIG, S. "Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del 'ius puniendi'", en MIR PUIG. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*.

- MIR PUIG, S. "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho", en MIR PUIG. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*.
- MIR PUIG, S. "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", en MIR PUIG. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*.
- MIR PUIG, S. "Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal", en MIR PUIG. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*.
- MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976.
- MORENO, J. J. *La teoría del Derecho en Bentham*, 1992.
- MULHALL, S. y A. SWIFT. *El individuo frente a la comunidad*, 1996.
- MÜLLER-DIEZ, H. "Integrationsprävention und Strafrecht", en *Jescheck-Festschrift*, 1985.
- MÜLLER-DIEZ, H. "Vom intellektuellen Verbrechen Schaden", en *GA* 1983.
- MÜLLER-TUCKFELD, J. C. *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1997.
- MÜSSIG, B. J. A. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1993.
- NAGEL, T. *Conflicto moral y legitimidad política*, en BETEGÓN y DE PÁRAMO, *Derecho y moral*, pp. 87 ss.
- NEUMANN y U. SCHROTH. *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980.
- NINO, C. S. *Introducción al análisis del Derecho*, 4.ª ed., 1991.
- NINO, C. S. *Ética y derechos humanos*, 1989.

NINO, C. S. *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980.

NOZICK, R. *La naturaleza de la racionalidad*, 1995.

OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1981.

OLDENQUEST, A. "Retributive Justice and Community", en *Limits of Legal Regulation. Grenzen rechtliche Steuerung*, R. VOIGT (ed.), 1989.

OPP, K.-D. "Einige Bedingungen für die Befolgung von Gesetzen", en LÜDERSEN y SACK, *Abweichendes Verhalten*, I.

OTTO, H. "Personales Unrecht, Schuld und Strafe", en *zstw* 87, 1975.

OTTO, H.-J. *Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle*, 1982.

PAPAGEORGIOU, K. A. *Schaden und Strafe*, 1994.

PEÑARANDA RAMOS, E.; C. J. SUÁREZ GONZÁLEZ y M. CANCIO MELIÁ. "Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs", en JAKOBS. *Estudios de Derecho penal*.

PÉREZ MANZANO, M. "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena", en SILVA SÁNCHEZ (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho penal*.

PÉREZ MANZANO, M. *Culpabilidad y prevención*, 1990.

POLAINO NAVARRETE, M. *El bien jurídico en Derecho penal*, 1974.

QUINTERO OLIVARES, G.; F. MORALES PRATS y M. PRATS CANUT. *Curso de Derecho penal. Parte general* (acorde con el nuevo Código Penal de 1995), 1996.

RAWLS, J. "Réplica a Habermas", en HABERMAS y RAWLS. *Debate sobre el liberalismo político*.

RAWLS, J. *Sobre las libertades*, 1996.

RAWLS, J. *Teoría de la justicia*, 1995.

RAWLS, J. "Gerechtigkeit als Fairness. Politisch und nicht metaphysisch", en HONETH. *Kommunitarismus*.

RAWLS, J. *Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978-1989*, HINSCH (ed.), Frankfurt a. M., 1992.

RAWLS, J. "Der Bereich des Politischen und der Gedanke eines übergreifenden Konsens", en RAWLS. *Die Idee des politischen Liberalismus*.

RAWLS, J. "Der Vorrang des Rechts und die Ideen des Guten", en RAWLS. *Die Idee des politischen Liberalismus*.

RAWLS, J. "La idea de un consenso por superposición", en BETEGÓN y DE PARAMO. *Derecho y moral*.

RAWLS, J. "Zwei Regelbegriffe", en HÖFFE (ed.). *Einführung in die utilitaristische Ethik*.

REINHOLD, G. (ed.). *Soziologie-Lexikon*, 1991.

RIPPEL, P. "Emile Durkheim", en *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, 1987.

ROXIN, C. "Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke", en *Wiedergutmachung und Strafrecht*, H. SCHÖCH (ed.), 1987.

ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1994.

ROXIN, C. "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973.

RUBIO CARRACEDO, J. *Paradigmas de la política. Del Estado justo al Estado legítimo*, 1990.

RUDOLPH, H.-J. "Fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal", en SCHÜNEMANN (comp.). *El sistema moderno del Derecho penal. Aspectos fundamentales*, 1991.

RUDOLPH, H.-J. "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", en *Honig-FS*.

SALM, *Das versuchte Verbrechen*, 1957.

SANDEL, M. "Die verfahrensrechtliche Republik und der ungebundene Selbst", en HONETH (comp.). *Kommunitarismus*.

SCHELSKY, H. "Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie", *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970.

SCHMIDHÄUSER, E. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2.ª ed., 1984.

SCHMIDHÄUSER, E. *Vom Sinn der Strafe*, 2.ª ed., 1971.

SCHÖCH, H. "Empirische Grundlagen der Generalprävention", *Jescheck-FS*, 1985.

SCHUMANN K. *Positive Generalprävention: Ergebnisse und Chancen eine Forschung*, 1989.

SCHÜNEMANN, B. "Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva", en SILVA SÁNCHEZ (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho penal*.

SCHÜNEMANN, B. "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", en GA 1995.

SCHÜNEMANN, B. (comp.). *El Sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991.

SCHÜNEMANN, B. "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo", en SCHÜNEMANN. *El Sistema moderno de Derecho penal*.

SCHÜNEMANN, B. "Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars (2.ª parte)", en GA 1986.

SEELMANN, K. "Hegels Strafrechtstheorie in seinen 'Grundlinien der Philosophie des Rechts'", en *JuS* 1979.

SEN, A. *Sobre ética y economía*, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en SILVA SÁNCHEZ (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho penal*.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992.

SINGER, P. (ed.). *Compendio de ética*, 1995.

SMART, J. J. C. "Extremer und eingeschränkter Utilitarismus", en HÖFFE. *Einführung in die utilitaristische Ethik*.

Staatslexikon, Görres Gesellschaft (ed.), 7.ª ed., 1986.

STRATENWERTH, G. "Zum Begriff des 'Rechtsgutes'", en *Lenckner-FS*, 1998.

STRATENWERTH, G. *El futuro del principio jurídico-penal de la culpabilidad*, 1980.

STRENG, F. *Strafrechtliche Sanktionen - Grundlagen und Anwendung*, 1991.

STRENG, F. "Schuld, Vergeltung, Prävention", en *zstw* 92, 1980.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y M. CANCIO MELIÁ. "La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva", estudio preliminar a JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*.

SUÁREZ VILLEGAS, J. C. *¿Hay obligación moral de obedecer al Derecho?*, 1996.

TAYLOR, C. "El atomismo", en BETEGÓN y DE PARAMO. *Derecho y moral*.

TAYLOR, C. "Aneinander vorbei: Die Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus", en HONETH (ed.). *Kommunitarismus*.

TEN, C. L. "Crimen y castigo", en SINGER. *Compendio de ética*.

THIEBAUT, C. *Virindicación del ciudadano. Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*, 1988.

THIEBAUT, C. *Los límites de la comunidad*, 1992.

TORIO LÓPEZ, A. "El sustrato antropológico de las teorías penales", en REDUC, monográfico 11, *Estudios de Derecho penal en Homenaje a Jiménez de Asúa*, 1986.

VALLESPÍN, F. *Historia de la teoría política* (2), 1990.

VANBERG, V. *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*. Tübingen, 1982.

VEHLING, K. H. *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991.

VERMAL, J. L. "Prólogo" a HEGEL. *Principios de la filosofía del Derecho*.

VOSS, M. *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzbungsakten*, 1989.

WALZER, M. "Die kommunitaristische Kritik am Liberalismus", en HONETH (ed.), *Kommunitarismus*, 1.

WEBER, M. *Soziologische Grundbegriffe*, 6.ª ed., 1984.

WELZEL, H. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975.

WELZEL, H. "Das Gesinnungsmoment im Recht", en *Abhandlungen*.

WELZEL, H. "Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes", en WELZEL. *Abhandlungen*.

WELZEL, H. "Studien zum System des Strafrechts", en WELZEL. *Abhandlungen*.

WELZEL, H. *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969.

WILLIAMS, B. *Der Begriff der Moral. Eine Einführung in die Ethik*, 1994.

WITTIG, P. "Die Aufrechterhaltung gesellschaftlicher Stabilität bei John Rawls. Zwischen Gerechtigkeit Sinn und Strafe", en *zstw* 107, 1995.

WOLF, J.-C. *Verhütung oder Vergeltung? Einführung in ethische Straftheorien*, München, 1992.

WOLFF, E.-A. "Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität", en *zstw* 97, 1985.

WÜRTENBERGER T. "Rechtsfriede und Strafrecht", en K. *Peters-Festschrift*, 1974.

ZIESCHANG. "Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1995", en *zstw*, 107, 1995.

ZIMMERLING, R. "La pregunta del tonto y la respuesta de Gauthier", en *Doxa* 5, 1989.

ZIPP, H. "Die Integrationsprävention (positive Generalprävention)", en *Pallin-Festschrift*.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Fundamentos de Derecho penal*, 1993.