

Prevención general positiva.
Una reflexión en torno a la teoría de la pena
de Günther Jakobs (*)

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ

Profesor Titular. Universidad Autónoma. Madrid

I. LA TEORÍA FUNCIONAL DE LA PENA DE GÜNTHER JAKOBS

La teoría de la pena de Jakobs es una magnífica teoría científica, entendido esto no en el sentido de que haya que asumirla como válida o correcta, sino que se trata de una teoría que encierra una enorme capacidad para generar ideas nuevas y estimular el debate científico en un tema que hace un tiempo parecía agotado. A lo largo del tiempo su teoría de la pena se ha basado en dos pilares fundamentales: a) la distinción entre expectativas normativas (contrafácticas) y expectativas cognitivas, que Luhmann importó desde 1969 del pensamiento de Galtung (1) para su teoría de los sistemas sociales (2) y

(*) Versión española de la contribución al *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, 2007.

(1) *Inquiry* 2 (1959), pp. 213 ss.

(2) *Vid.*, entre otros lugares, FEIJOO SÁNCHEZ, «La normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación», Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho Penal*, Granada, 2005, pp. 454 ss.; HAUSCHILD, *Die positive Generalprävention und das Strafverfahren. Eine systemtheoretische Betrachtung*, Francfort, 2000, pp. 88 ss., pp. 118 ss.; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlín, 1991, 1/5 ss.; el mismo, *ZStW* 101, pp. 522 ss., 527 ss.; el mismo, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, 1996, pp. 23 ss.; el mismo, «Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung», Neumann/Schulz (eds.), *Verantwortung in Recht und Moral*, Stuttgart, 2000, pp. 60 ss.;

b) la transformación de la idea de prevención: lo que la pena previene son básicamente los efectos negativos que se pueden derivar del delito para el sistema social, no estando ya centrada la prevención en sus efectos de cara a conductas individuales; la pena no tiene efectos preventivos directos en los individuos (previniendo que éstos lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos), sino que sus efectos preventivos van dirigidos a dinámicas sociales o colectivas. Estas líneas básicas de la teoría de Jakobs no son ajenas, desde luego, a las aportaciones de las Ciencias sociales, que en su búsqueda de una explicación de por qué la pena tiene un significado para la sociedad que castiga, han abierto nuevas perspectivas hacia modelos preventivos simbólicos o comunicativos.

Después de haber mantenido en un principio, a partir de su trabajo programático *Schuld und Prävention* y hasta principios de los años noventa, una teoría radicalmente preventivo-general, de carácter psicologicista, en la que la pena se tematizaba sólo como prevención (3), y de haber pasado en una segunda fase a defender una teoría más bien funcional de la retribución en la que la idea de fin había quedado eliminada del discurso (4), desde el año 2003, Jakobs ha abandonado

LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen, 1987, pp. 30 ss., 40 ss., 130; el mismo, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Francfort, 1984, pp. 396 ss.; el mismo, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, 1993, pp. 77 ss., 131 ss. En su manual (PG, 1/nota 8) Jakobs se remite en su fundamentación de la prevención general positiva a la necesidad para el sistema social de una validez segura de las normas remitiéndose a Luhmann y Festinger.

(3) ZStW 101, pp. 516 ss. y PG (nota 2), 1/15.

(4) Vid. por diversos lugares, especialmente, «Zur gegenwärtigen Straftheorie», Kodalle (ed.), *Strafe muss sein ! Muss Strafe Sein ?*, Würzburg, 1998, pp. 31 ss. (existe una traducción de Cancio Melia, M., *Sobre la teoría de la pena*, Universidad Externado de Colombia, 1998) y, además: NORM, PERSON, *Gesellschaft*, Berlín, 2ª ed., 1999, pp. 106 s.; «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderung der Gegenwart», ESER/HASSEMER/BURKHARDT (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Munich, 2000, pp. 49 s. (existen dos traducciones: «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», en: *Estudios de Derecho judicial* 20. Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia, 1999; MUÑOZ CONDE, F. (coord. ed. española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004) y *Verantwortung* (nota 2), pp. 59 s.

Muy cercanos FRISCH, «Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention. Zur Schwierigkeit des "Abschieds von Kant und Hegel"», SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, pp. 139 ss.; *íd.*, «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft IV* (Strafrecht, Strafprozessrecht), Munich, 2000, pp. 277 ss.; FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Heidelberg, 1998, 1/10; *íd.*, MK, vor 13/68 ss.

las perspectivas monistas o unidimensionales y ha pasado a defender una teoría de la pena que se puede calificar como mixta o unitaria (5). Es paradigmático de esta nueva fase evolutiva su trabajo *Staatliche*

Cabe destacar que en la misma época Frisch también fue despojando la teoría de la prevención general positiva de sus efectos empíricos de psicología social. Este autor ha dado un giro radical en su concepción de la pena (representativo de este cambio Generalprävention, con una concepción que no tiene nada que ver, con ejemplo, con las primeras formulaciones de la teoría en *Vorsatz und Risiko*, Colonia, 1983, pp. 47 ss.), llegando a poder ser considerado en la actualidad a través de su teoría del restablecimiento comunicativo del Derecho a través de la pena como un paradigma del neoretribucionismo en términos funcionales.

En la misma línea discípulos de Jakobs: LESCH, *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, Colonia, 1999, pp. 206 ss. y *passim*; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Francfort, 1994, pp. 140 ss.; *id.*, GA 99, pp. 121 s., en una línea más sociológica; *id.*, *Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización*, GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal*, Granada, 2005, p. 202 (=Rudolphi-FS, ss. 169 f.); («la reacción jurídico-penal es una autodescripción y un autoaseguramiento de la configuración social en cuanto realidad de la sociedad»); PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Colonia, 1999, p. 57, destacando en pp. 61 ss., sin embargo, aquellos puntos en los que se distancia metodológicamente de Jakobs. Para Pawlik la teoría de la pena es una teoría sobre la legitimidad de la pena (Rudolphi-FS, pp. 213 ss.). Ello es evidente si tenemos en cuenta que su reciente e interesantísima monografía sobre la pena tiene el elocuente subtítulo de *Zur Legitimation von Strafe*. Hay que destacar cómo PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, Berlín, 2004, pp. 54 ss., 97, ha desembocado en una teoría retributiva basada en la idea de que la función de la pena es el restablecimiento del Derecho como tal Derecho. Este autor entiende (p. 55) que la restitución de la juridicidad no es un fin social menos positivo o digno de valorar que la mejora del nivel de seguridad de la sociedad que propugnan las teorías preventivas clásicas.

KALOUS, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, Regensburg, 2000, p. 86 concluye su estudio de la teoría de Jakobs, centrándose sobre todo en su artículo sobre la pena característico de esta época, llegando a la conclusión de que «resulta dudoso que una concepción de tales características se pueda seguir denominando teoría “preventiva” de la pena» y destacando cómo la teoría de la prevención general positiva del catedrático de Bonn se había acabado acercando a las teorías retributivas (*vid.* también pp. 119 y 128). La propia Kalous asume esta posición, aunque no comparta los puntos de partida sistémicos, considerando (p. 251 y *passim*) que prevención general positiva y retribución son conceptos idénticos y propone denominar la teoría de la prevención general positiva como teoría de la retribución o teoría de la pena retributiva para diferenciarla de lo que considera que son las auténticas teorías preventivas. Según esta autora, la función preventiva de esta teoría es mediata. Por ello asume la idea de Lesch (p. 256) de que la mejor denominación para una teoría normativa de la prevención general positiva es la de teoría funcional de la retribución en la medida que así se pone el acento en la funcionalidad de la pena retributiva. La monografía de esta autora representa muy bien esta fase evolutiva de las teorías funcionales de la pena.

(5) Sobre la evolución de la teoría funcional de la pena de Jakobs, CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, ¿Prevenir riesgos o confirmar normas? *La teoría funcional*

Strafe: Bedeutung und Zweck (La pena estatal: significado y finalidad). Esta tercera fase, que se ha venido perfilando en los últimos años, se caracteriza por intentar unificar las dos perspectivas anteriores, demasiado unilaterales por separado, y, en síntesis, supone en cierto modo una reconocitivización o desnormativización de su teoría de la pena, especialmente en lo que se refiere a los elementos preventivos (la prevención general para ciudadanos y la prevención especial negativa para enemigos). En esta última fase de su elaboración teórica Jakobs deja en evidencia como no se trata de elegir de acuerdo con un código pena justa/pena orientada teleológicamente, sino que se trata de desarrollar una teoría sobre cuando una pena orientada teleológicamente es merecida (6). En dicha teoría se recurre tanto a elementos puramente normativos como a elementos cognitivos para explicar el papel de la pena estatal. Dicha mezcla de elementos heterogéneos provoca, en mi opinión, que la actual teoría de la pena de Jakobs incurra en los mismos defectos que él mismo, con razón, ha objetado tradicionalmente a las teorías mixtas o unitarias (7): quedan metidos dentro de la teoría elementos incompatibles entre sí, por lo que una teoría en la que se entremezclan elementos normativos o de significado y elementos cognitivos o fácticos referentes a efectos preventivos carece de coherencia interna. Tras salir de la trastienda de la latencia, donde Jakobs las había confinado, las implicaciones psicológico-sociales provocan que la teoría incurra en los conflictos aporéticos característicos de las teorías de la unión.

Llevando a cabo de forma consciente una excesiva simplificación, la posición actual de Jakobs se puede resumir de la siguiente manera: las normas, entendidas como expectativas normativas o contrafácticas, configuran la estructura del orden social. La configuración de dichas expectativas es labor de la política, debiendo describir y sistematizar la Ciencia del Derecho Penal dichas estructuras normativas (a lo sumo, dejar en evidencia contradicciones o fricciones). El delito es entendido materialmente como defraudación de expectativas del sistema social –no lesión de bienes– y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas, es decir, la vigencia de la norma. La imposición de la pena es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor. Junto a esta función de estabilización, el mal que se impone con la pena tiene que ver con su fin

de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar a La pena estatal: significado y finalidad de Günther Jakobs, Madrid, 2006, pp. 15 ss.

(6) *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*, Madrid, 2006, p. 151.

(7) Jakobs, PG (nota 2), 1/49; *id.*, Straftheorie (nota 4), pp. 30 s.; *id.* (nota 6), pp. 149 s., nota 149.

preventivo-general: asegurar la probabilidad de seguimiento de la norma. Dicho fin tiene como límite el tratar al delincuente como persona y no como objeto. Sin embargo, esta garantía sólo es posible en la medida en la que el delincuente pueda garantizar su fidelidad en el futuro; de lo contrario, ya no puede ser tratado como persona sino como enemigo.

Uno de los elementos más llamativos de este modelo es que, tras treinta años de evolución, Jakobs ha acabado cerrando el círculo y volviendo a una concepción instrumental de la prevención general como ejercicio en la fidelidad al Derecho: se trata de una dinámica dirigida a la generalidad para conseguir de forma directa un aprendizaje de la fidelidad al ordenamiento como actitud natural. Por ello el mal que supone la pena queda determinado por las necesidades para que la generalidad ejerza dicha fidelidad. Este es el criterio decisivo para la determinación de la pena. La gran novedad en su nueva teoría de la pena es que no sólo tiene un peso específico el significado funcional de la pena como retribución (como contradicción comunicativa del hecho delictivo), sino también la idea de fin, y ello hasta el punto de que resulta difícil saber si en la actual teoría de la pena de Jakobs –para ciudadanos– el papel protagonista lo desempeña la prevención general positiva o el mantenimiento de la identidad o estructura normativa de la sociedad mediante la contradicción comunicativa del hecho delictivo; incluso no quedan claros los elementos comunes o diversos de estos elementos: contradicción y fin preventivo. Esta nueva teoría bidimensional de la pena de Jakobs queda descompensada: toda la carga normativa de la teoría se encuentra en la retribución (en la contradicción del hecho delictivo) y la prevención general positiva se encuentra desnormativizada y con un contenido psicologista al que el propio autor parecía haber renunciado anteriormente.

En este modelo, junto al significado normativo de la contradicción del hecho, el sufrimiento que representa toda pena tiene que ver con lo cognitivamente necesario para mantener la fidelidad normativa de la generalidad, deslizándose la prevención general positiva hasta los aledaños de la prevención general negativa o intimidatoria. De esta manera la determinación legal y judicial de la pena queda condicionada por un referente puramente cognitivo (todo lo necesario para restablecer la seguridad cognitiva). Cabe objetarle, por ello, de partida a esta teoría que los aspectos normativos y comunicativos de la pena (referentes al sentido de la pena) no deberían teorizarse sólo a través de la contradicción de la infracción de la norma.

En mi opinión, Jakobs se ha visto obligado a llegar a esta conclusión, que presenta los inconvenientes ya expuestos, debido al alto

nivel de abstracción y formalidad de su perspectiva anterior a la que le faltaba lo que podemos denominar una toma de tierra-social concreta. Ello ha provocado que Jakobs siga evolucionando en su concepción funcional de la pena y esté introduciendo elementos novedosos en su teoría para salvar dicho inconveniente hasta cambiar completamente su fisonomía. La necesidad de conexión con la realidad social ha transformado radicalmente la teoría de la pena de Jakobs, que se había quedado hasta el año 2003 en un esquema de interpretación universal de los mecanismos esenciales de la pena como fenómeno social y jurídico en cualquier tipo de sociedad. En este sentido estaba justificado el reproche generalizado de gran abstracción, en la medida en la que se trataba más de una meta-teoría filosófica que de una teoría estrictamente jurídico-penal. La abstracción descriptiva aporta una perspectiva algo elevada del debate sobre la pena que aporta ciertos beneficios de conocimiento, pero, a cambio, presenta determinados déficits genéticos para una orientación social y realista de la pena en las sociedades contemporáneas. Por esta razón, precisamente, las aportaciones de Jakobs en materia de determinación de la pena durante la segunda fase de su pensamiento habían sido más bien escasas, por no decir inexistentes; es decir, la abstracción descriptiva de Jakobs dificultaba sentar las bases para una mayor concreción de la pena, no siendo posible sólo con un concepto funcional de retribución como contradicción desarrollar una teoría sobre la determinación de la pena; es decir, una teoría sobre la pena concreta a imponer (8). Tampoco quedaba resuelto un aspecto esencial de cualquier teoría de la pena como es la necesidad de que ésta suponga dolor o sufrimiento. Todo ello era una consecuencia de que su teoría había cortado amarras con la realidad social al no tratar suficientemente la relevancia comunicativa del delito y la reacción mediante pena para los ciudadanos de una determinada sociedad. Jakobs había omitido en los años noventa el tratamiento de qué sentido tiene para los ciudadanos (personas en el Derecho y no indivi-

(8) Han señalado también estas carencias en el marco de la determinación de la pena KARGL, *GA* 99, p. 65 y LOOS, *ZStW* 114, p. 670. Jakobs no había podido más que formular de manera genérica en sus trabajos de esta época que la medida de la pena se determina de acuerdo a la medida de la negación de la personalidad objetivada en el hecho [NORM, PERSON, *Gesellschaft* (nota 4), p. 105]. Se trata de una prestación bastante pobre que indica ciertas insuficiencias de una teoría que prácticamente abandonaba la dimensión preventiva del Derecho penal.

Resulta gráfica la crítica que le dirige JAKOBS (nota 6), p. 143, nota 145 a la concepción de v. Hirsch: «La rama retributiva no aporta nada a la determinación de la medida si no se refiere a un fin».

duos que se rigen por un código satisfacción/insatisfacción) que el sistema castigue y que castigue más o menos. Sin embargo, desde una perspectiva realista el mensaje que en realidad interesa del delito desde la perspectiva de los ciudadanos no es el de ¡No esta sociedad!, sino la información perturbadora del delito de cara a organizar sus futuras relaciones sociales. Si el delito se convierte en costumbre lo mejor es prescindir de las normas como modelo de orientación. Por ejemplo, si los funcionarios malversan con impunidad lo mejor es dejar de pagar impuestos que acaban en los bolsillos o las cuentas particulares de los que trabajan en la Administración.

En virtud de las carencias reseñadas, Jakobs ha introducido una nueva línea evolutiva en su pensamiento que le permite volver a tratar el tema del acoplamiento psicológico entre la pena y los ciudadanos, «recognitivizando» de forma creciente su teoría, que, en su tercera y –hasta ahora– última fase evolutiva, queda configurada como una teoría mixta en la que se entrelazan los elementos normativos que ya estaban presentes en su teoría funcional con otros cognitivos (especialmente resurgen los elementos de psicología social y se incrementa el papel de la inocuización para enemigos).

Una consecuencia concreta de todo ello es que desde el año 2003 Jakobs ha regresado a una concepción de la prevención general positiva que vuelve a tener en cuenta la influencia psicológica del mal que supone la pena en los ciudadanos. Y, a partir de ese «redescubrimiento» del necesario acoplamiento psicológico entre pena e individuo, intenta desarrollar criterios generales para la determinación de la pena dentro de una teoría de la prevención general positiva. En sus últimos trabajos (9) cobra una importancia especial para este resurgimiento de la faceta preventiva de la pena y la apertura de la prevención general positiva a una dimensión no meramente abstracta y normativa, la idea de realidad del Derecho, es decir, en la terminología de Jakobs, la función que el Derecho tiene para los ciudadanos fieles. No se trata sólo de que las víctimas potenciales vean reconocidos conceptualmente sus derechos, sino de que puedan ejercitarlos sin temor a agresiones ilegítimas. La idea de seguridad cognitiva y de que toda norma precisa una cimentación cognitiva pasa a ocupar el papel de toma de tierra de su teoría con la realidad social.

Jakobs ha desembocado en una teoría mixta porque su teoría funcional de la pena, basada exclusivamente en la idea de contradicción, pecaba por unidimensional y por su falta de vinculación con la realidad social. Por otro lado, con la teoría bidimensional que caracteriza

(9) Nota 6, pp. 135 ss.

su actual fase evolutiva, Jakobs consigue también mantener una de sus grandes aportaciones al debate moderno sobre la pena: dejar en evidencia que la retribución cumple una función social, es decir, haber mostrado la funcionalidad de la retribución (10), poniendo en entredicho la idea de que un Derecho Penal orientado o influido por las Ciencias sociales resulta incompatible con la idea de retribución. Esta idea había provocado que en el marco de las teorías preventivas de la unión como, por ejemplo, la teoría dialéctica de la unión de Roxin, la idea de que la culpabilidad por el hecho limita la prevención tuviera una fundamentación dogmática deficiente.

De esta manera bidimensional, basada en las ideas de contradicción y finalidad, quedarían cubiertos los flancos débiles de la teoría funcional de la prevención general positiva: ya hay una medida para racionalizar la determinación de la pena concreta y ya queda explicado por qué se necesita una comunicación que lleve asociada la producción de dolor al delincuente. Como señala el propio Jakobs, algunas teorías de la prevención general positiva, como la suya o la de Frisch, habían descuidado «el lado cognitivo de la vigencia de la norma, degradando los efectos psíquico-sociales, al menos en parte(...) a la condición de efectos secundarios» (11), por lo que en su nueva teoría de la pena pretende corregir lo restringido de su punto de vista.

En lo que interesa aquí, y dejando de lado otros aspectos de su compleja teoría de la pena, Jakobs deja así definida la prevención general positiva: «No basta con contradecir al autor, después de su hecho, mediante la pena, confirmando de este modo la configuración de la sociedad; por el contrario, también ha de procurarse que no se incremente la probabilidad de ulteriores infracciones de la norma, de modo que las personas, temiendo por sus legítimos intereses, por su bien, no comiencen a dudar de la realidad del ordenamiento jurídico». La teoría de la prevención general positiva según Jakobs es *a)* preventiva porque persigue un fin que es el mantenimiento de la fidelidad a la norma; *b)* general porque dicho fin va dirigido a la generalidad y *c)* positiva porque no se busca la intimidación (12).

En definitiva, la función de la pena es producir fidelidad a la norma para que los ciudadanos no sólo tengan la expectativa normativa, sino también la expectativa apoyada cognitivamente en la realidad social, de que los otros son fieles a las normas. La medida del

(10) Representativo PAWLIK, *Rudolphi-FS*, pp. 228 ss.

(11) (Nota 6), p. 145, nota 147.

(12) (Fn. 6), p. 145.

dolor viene condicionada, precisamente, por lo necesario para mantener los niveles necesarios de fidelidad y que los ciudadanos fieles al Derecho mantengan su fidelidad. Para ello considera Jakobs que el adquirir culpabilidad debe representarse con carácter general como conducta que genera para el autor un saldo de más desventajas que ventajas; lo contrario sería contraproducente para la función de mantener la fidelidad general. Para que el hecho delictivo no se convierta en un problema general hace falta la pena como dolor o sufrimiento. Como se puede apreciar, este retorno al ejercicio de la fidelidad mediante la demostración de que el delito no merece la pena establece una frontera endeble con la prevención general negativa. El propio autor en sus últimos trabajos considera que la prevención general negativa se halla contenida en la positiva. Si esto es así, en sociedades donde la tendencia dominante sea la infidelidad parece que el recurso al dolor y al sufrimiento debe ser mayor. De esta manera acaban apareciendo los problemas de toda teoría preventivo-general de carácter instrumental: la pena ya no es proporcional a la lesividad social o gravedad del hecho por sí mismo, sino a lo necesario para producir fidelidad normativa. Al menos no queda muy claro en esta nueva formulación teórica de Jakobs como, de acuerdo a estas ideas, se puede establecer una proporción entre la gravedad del hecho (su lesividad social) y la pena correspondiente a ese hecho (13).

Además de los inconvenientes puramente teóricos, la cognitividad de la prevención general positiva presenta problemas desde una perspectiva práctica: ¿Cómo determinan el legislador y el juez cuál es la pena cognitivamente (sociopsicológicamente) necesaria si lo decisivo es lo intranquilizador que resulta el hecho para la generalidad? Como toda teoría de la pena que para la medida concreta de la misma tiene que acabar recurriendo a criterios cognitivos, plantea el problema de cómo se determina o cómo sabe el juez cuál es la pena que ya no asegura cognitivamente la vigencia de la norma y cuál es la pena que excede de lo necesario para dicho aseguramiento cognitivo (14). El abandono por parte de Jakobs en este punto de una teoría normativa

(13) Aunque JAKOBS, «La pena como reparación del daño», en *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, 2005, p. 347 afirma que «para determinar el daño, la perspectiva de análisis (...) debe permanecer orientada sobre el delito acontecido, más exactamente, sobre el peligro de erosión de la vigencia real de la norma creado específicamente por ese delito», éste es un aspecto que no queda claro en su nueva teoría de la pena en cuanto a la determinación de la pena a imponer.

(14) En este punto vuelve Jakobs a los problemas de determinación de la pena reflejados en PG 1/50 (nota 2), cuando mantenía que la prevención general positiva

le hace verse abocado a un empirismo que ya no puede dominar teóricamente (15).

Me queda hacer mención de lo que, además de lo ya expuesto, representa para mí el problema esencial de la actual concepción de la orientación teleológica a la prevención general positiva de Jakobs. Si bien ha subsanado la abstracción de su teoría funcional, buscando un mayor anclaje a la realidad social en la línea expuesta, su teoría funcional no puede superar el déficit genético de que carece de vinculación con un orden normativo concreto o con el contexto normativo vigente (todo orden normativo es contingente y sólo es una de las posibles alternativas funcionales). Esa falta de vinculación provoca que alguna de sus conclusiones resulte, en mi opinión, poco compatible con la normatividad vigente. Ello sucede, desde mi perspectiva con suma evidencia, con las bases del Derecho Penal del enemigo (en cuanto no se utilice como concepto puramente descriptivo) con el que irrumpe en su teoría de la pena la idea de inocuización o incapacitación selectiva (16), pero también con su concepción de la prevención general positiva. En mi opinión, cuando nos salimos del significado universal válido para cualquier tipo de ordenamiento de la pena que es el elemento retributivo o de contradicción del hecho delictivo, en el mundo de los fines no es posible desvincularse de las características vigentes del correspondiente sistema político, social y jurídico. En esta medida una teoría normativa de la pena exige vincular las razones por las que se ha construido el Derecho Penal a los principios organizativos de la sociedad que ha diferenciado dicho sector del ordenamiento jurídico con características, objetivos y fines propios. Sólo mediante la necesaria referencia a una semántica social concreta se puede ofrecer una respuesta a la orientación teleológica de la pena. La respuesta no puede ser la misma en una sociedad pluralista que en

otorgaba un margen de determinación de la pena entre la reacción que todavía se podía tomar en serio (límite mínimo) y la que resulta exageradamente dura (límite máximo). Críticos con esta indeterminación que precisaría concreciones empíricas H. J. ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, Berlín, 1994, p. 34, y REICHERT, *Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien*, Berlín, 1999, pp. 118 s.

(15) En (nota 13), pp. 347 s., reconoce expresamente que «a la hora de determinar la compensación, es decir, de la reparación, no puede eludirse la suposición (o incluso: especulación) de psicología social de cuál es el dolor con el que con carácter general (es decir, no necesariamente para todo delincuente potencial) el hecho en cuestión se entiende como empresa fracasada».

(16) CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ (nota 5), pp. 60 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, «El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho», CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (eds.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Tomo 1*, Montevideo-Madrid, 2006.

una pequeña comunidad con una fuerte integración ética y emotiva o en un sistema político de amplia aceptación que en uno fuertemente contestado, con escaso apoyo de la ciudadanía y que sólo se mantiene por la fuerza de las armas. El concepto de pena tiene que ver con lo que la pena tiene de duradero o de constante, mientras los fines de la pena son fluidos, variables y ligados a las circunstancias históricas.

El sentido comunicativo del delito y de la pena sólo se puede captar adecuadamente, en mi opinión, con referencia al mundo de valores, a los presupuestos normativos y a los principios organizativos que caracterizan una determinada sociedad (17); es decir, a la propia racionalidad (comunicativa) del marco institucional. De acuerdo con esta idea entiendo que la pena cumple una función para una determinada sociedad y no se puede desarrollar una teoría de la pena para esa sociedad perdiendo de vista sus características vigentes. La «gramática profunda» de la pena no puede ser ajena a la «gramática profunda» del orden social, jurídico y político. Si no se pasa de la perspectiva externa o universal a una perspectiva interna lo único que se puede aportar es una definición funcional de la retribución como confirmación de la identidad normativa, pero no se pueden aportar datos relevantes de cuál es la finalidad de la retribución en nuestro ordenamiento jurídico.

El marco institucional (o el mundo de la vida jurídicamente institucionalizado) vigente es el Estado social y democrático de Derecho con determinados principios y presupuestos normativos. Una teoría de la pena como instrumento de estabilización normativa debe vincularse necesariamente a ese marco institucional con sus principios y su racionalidad. Los principios organizativos plasmados en la Constitución expresan las estructuras institucionales de las sociedades comunicativamente racionalizadas en un momento dado de la historia. Por ello mis diferencias básicas con la teoría de la prevención general positiva de Jakobs residen en las fricciones que como teoría de la pena presenta la teoría de este autor con lo que entiendo que son fundamentos básicos de nuestro sistema jurídico vigente. En definitiva, si se parte de la idea de que la prevención, como fin de la pena, tiene que ver con la concepción del Estado, en este punto tengo que manifestar ciertos problemas de la teoría preventiva de Jakobs en el marco

(17) En el mismo sentido, KALOUS (nota 4), p. 129 y *passim*; NEUMANN, «Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention», SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (edits.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, pp. 147 ss., especialmente pp. 149 y 152, frente a lo que denomina visión sociológico-tecnocrática de Jakobs.

de una concepción moderna, democrática y pluralista del Estado. Ello me obliga a presentar un modelo teórico alternativo sobre la prevención general positiva que, a pesar de ello, aproveche al máximo las importantísimas contribuciones de la teoría funcional del autor al que está dedicado este libro homenaje.

II. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA COMO JUSTIFICACIÓN SOCIAL DE LA PENA. UNA NUEVA FORMA DE ENTENDER LA PREVENCIÓN

La evolución de las Ciencias sociales ha provocado que en las reflexiones sobre las instituciones jurídicas –como la pena– se tenga que introducir la sociedad como una entidad *sui generis* distinta de sus miembros, que se forma mediante complejos procesos históricos de asociación e integración. Los sistemas sociales ya no se pueden reducir a una simple suma de individuos ni las propiedades del orden social se limitan a ser el resultado de un agregado de las propiedades individuales. Sistema social e individuos son algo diferente. La integración social, normativa y no normativa, constituye desde esta perspectiva un mundo social de significados y comunicaciones que se mueve en un plano distinto al del mundo natural perceptible por los sentidos. Sin necesidad de adoptar una determinada teoría sociológica, –como, por ejemplo, la teoría de los sistemas sociales autopoieticos de *Niklas Luhmann*– hay aspectos del funcionamiento de los sistemas sociales que no pueden dejar de ser tenidos en cuenta.

Como es sabido, siempre han existido dos perspectivas para enfrentarse al fenómeno del castigo: las diversas teorías de la prevención, entendida ésta como prevención del delito, y las teorías retributivas, que dejaban de lado la racionalidad preventivista, poniendo en primer término la idea de justicia o de merecimiento. Las teorías mixtas nunca fueron una tercera opción, sino que eran teorías que, sin prescindir de ninguno de ambos aspectos, incidían más en uno o en otro. Sin embargo, junto a los dos modelos discursivos tradicionales, debe tener cabida una tercera racionalidad orientada a la prevención de la desintegración social (la pena no puede integrar, sino sólo proteger lo ya existente). La prevención en este sentido no se refiere al significado instrumental de prevención de delitos o de reducción de cifras de delincuencia, que tradicionalmente ha ido vinculado a este término y que caracterizaba a la teoría de la prevención general negativa y a las primeras formulaciones de la prevención general positiva encaminada al fortalecimiento o estabilización de la concien-

cia jurídica/antijurídica o de las convicciones valorativas de los ciudadanos o a ejercitar la fidelidad al Derecho. No se trata de desarrollar una teoría de la pena desde la perspectiva preventiva tradicional, que tenía exclusivamente en cuenta la influencia de la pena en los individuos, sino más bien desde la perspectiva del orden social, entendido éste como una realidad emergente distinta a la suma o conjunto de los individuos que viven en dicha sociedad. Lo que se pretende desde este punto de vista no es prevenir conductas individuales, sino más bien procesos supraindividuales. Cabe seguir hablando de una teoría preventiva, es decir, con una orientación al futuro, pero ya tiene poco que ver con concepciones anteriores sobre la prevención o con las tradicionales teorías preventivo-instrumentales. Se trata de influir en dinámicas sociales.

Esta nueva concepción de la prevención, que supone una alternativa a las concepciones preventivo-instrumentales clásicas, permite resaltar como elemento esencial el carácter simbólico, expresivo o comunicativo de la pena. Lo decisivo no es lo que instrumentalmente se pueda conseguir con el mal que representa la pena de cara a la prevención de delitos o la protección de bienes jurídicos, sino lo que el ordenamiento pretende expresar o comunicar mediante la declaración de culpabilidad y la correspondiente imposición del mal o sufrimiento. No se trata sólo de un efecto real, sino también de la única función que la pena puede desempeñar con éxito y, por tanto, la única que sería compatible con la realidad. En este sentido la criminología está demostrando como los efectos preventivos de la pena no dependen tanto de la sanción en sí misma, como de que el Estado reaccione enérgicamente manifestando la desaprobación jurídica de la conducta. Se encuentra alejada de la realidad, en sentido contrario, la pretensión de buscar con la pena en exclusiva la seguridad de que no se van a cometer delitos en el futuro o de que por sí misma reduzca las cifras de delincuencia (18). Lo único que puede pretender la pena es que siga existiendo un cierto orden social y normativo (prevenir la desintegración social o el colapso social) a pesar de la existencia de delitos.

Desde esta perspectiva la prevención general positiva es definida en este trabajo como la prevención de la desintegración del orden social mediante la retribución de hechos socialmente lesivos; concretamente, se trata de prevenir la desintegración del vigente Estado social

(18) FRISCH, *Schlichter-GS*, pp. 669 ss. Según JAKOBS (nota 6), p. 137, en un Estado de libertades el Derecho penal nunca puede ofrecer una seguridad absoluta frente a los delitos.

y democrático de Derecho, tal y como se encuentra configurado (por tanto, el Derecho Penal tiene que respetar sus principios), mediante la imposición de una pena a un sujeto que se la ha ganado por realizar un hecho lesivo socialmente en virtud de una falta de disposición jurídica mínima que representa tal perturbación social para dicho sistema que no queda otra alternativa para resolver el conflicto social del que es responsable. La pena consigue dicho efecto preventivo mediante una función de estabilización de normas esenciales de convivencia.

La pena es conceptualmente siempre y en cualquier lugar retribución. En una sociedad moderna y postmetafísica ya no se retribuye por razones metafísicas, sino que dicho papel retributivo juega una importante función social: estabiliza las normas manteniendo la vigencia de ciertas normas esenciales, indispensables o necesarias. De esa manera éstas siguen cumpliendo su función orientadora. La pena mediante dicha estabilización previene la desintegración de la sociedad tal y como se encuentra normativamente configurada o su evolución hacia otro tipo de realidad social (por ejemplo, una donde la propiedad se encuentre desprotegida, es decir, no exista derecho de propiedad).

Lo relevante del punto de partida adoptado por Jakobs de la teoría de la norma como expectativa del sistema social es que mediante dicho cambio de perspectiva se entiende como la norma no va dirigida a individuos que hay que intimidar o coaccionar, sino que sus destinatarios son concebidos en su dimensión social de personas o ciudadanos dentro de un determinado orden social y jurídico. Ambos aspectos, deber de actuar o no actuar y expectativas de víctimas potenciales, tienen que ver con la finalidad de mantener la confianza en las normas penales, que también es un mecanismo que determina conductas (aunque no mediante intimidación) y que orienta la vida social. La infracción culpable de la norma sin sanción tiene un significado que tiene que ser contradicho. La prevención general, en un modelo más intersubjetivo que el formulado inicialmente mediante las teorías psicológicas de la prevención general positiva o emotivas de la prevención de integración, se busca estableciendo modelos de conducta válidos intersubjetivamente. A diferencia de lo que sucedía con las primeras teorías de la prevención general positiva, la razón por la que el ciudadano en su fuero interno respeta dicho modelo de conducta es indiferente (convencimiento, conveniencia, costumbre, imitación, miedo, compromiso social, etc.). En un Estado democrático de Derecho ese problema del fuero interno se escapa a la intervención legítima del Derecho Penal, y sólo se puede resolver

mediante una atribución de responsabilidad con base en la idea de que cada uno es competente de su responsabilidad de no erosionar las normas vigentes.

La pena cumple una función para todos los ciudadanos en su conjunto (para la sociedad) y cumple sus fines preventivos manteniendo o restableciendo la confianza en la vigencia de las normas penales como normas básicas para la convivencia, lo que conlleva en situaciones de normalidad la institucionalización del respeto general a dichas normas en la vida social.

No parece que se pueda discutir seriamente que fácticamente la pena sirve para la estabilización del orden social con su correspondiente orden normativo vinculante. Esta función de la pena para la sociedad, constatada empíricamente por las Ciencias sociales, puede ser formulada desde una perspectiva axiológica o valorativa como fin legitimante de la pena en el marco de nuestro orden constitucional y, a partir de esta idea, se puede desarrollar una teoría normativa de la prevención general dirigida al conjunto de la población con un claro anclaje en la realidad social. La pena es conceptualmente retribución ya que tiene siempre un carácter retrospectivo, pero su fin de cara al futuro es mantener los presupuestos necesarios de la confianza normativa. En este sentido la determinación de la pena concreta se ve condicionada por la relevancia de la norma infringida para el orden social y por la relevancia comunicativa del hecho desde el punto de vista del mantenimiento de la confianza generalizada en la vigencia de la norma. Sólo teniendo en cuenta que la pena concreta combate la desorientación sentando las bases de la confianza en un mundo como el prescrito por las normas, se puede graduar la pena en función de cómo el delito particular tiene comunicativa y objetivamente capacidad para perturbar la confianza (19).

(19) FRISCH, *Müller-Dietz-FS*, pp. 237 ss. Frisch destaca por sus intentos de vincular la teoría de la determinación de la pena a una sistemática general del hecho punible o del delito. Cabe resaltar en su evolución sobre este punto los trabajos en *ZStW* 99, pp. 349 ss., 751 ss. (especialmente 794 ss.); *Stratatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung, 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, pp. 1 ss.; *50 Jahre Bundesgerichtshof* (nota 4), pp. 279 s. El modelo de determinación de la pena de Frisch se adapta como anillo al dedo con la teoría de la pena expuesta en el texto. Cabe destacar que Frisch ha demostrado como muchos de los criterios que tradicionalmente se han relacionado con la culpabilidad en la teoría de la determinación de la pena tienen cabida en una teoría de la individualización judicial de la pena orientada a la prevención general positiva con una mejor fundamentación.

Lo dicho aquí no se debe entender como una asunción de la teoría de la Proporcionalidad con el hecho (*Tatproportionalität*), tal y como ha sido formulada

por v. Hirsch, Schünemann o Hörnle. Esta teoría plantea una serie de inconvenientes relevantes, más allá del rechazo genérico de que se trate de un modelo pensado para una teoría de la prevención general de influencia intimidatoria en los ciudadanos. La diferencia esencial de la teoría de la determinación de la pena de estos autores con el modelo que se pretende desarrollar aquí es que parte de una perspectiva excesivamente individualista, que toma en consideración para la determinación de la pena exclusivamente la perspectiva de la víctima (HÖRNLE, «Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität», FRISCH/v. HIRSCH/ALBRECHT (eds.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg, 2003, pp. 120 s., 126 s.), mientras en el marco de la teoría diseñada aquí se debe tener en cuenta la dimensión del hecho para el orden social y no sólo para la víctima, que es lo que justifica la aflicción que representa toda imposición de pena. Aunque ambos modelos parten de la premisa metodológica común de buscar una proporción entre hecho y sanción, la diferencia esencial es que la teoría de la «Proporcionalidad con el hecho» parte de una concepción extremadamente individualista de la responsabilidad penal que no tiene suficientemente en cuenta la dimensión intersubjetiva o social del hecho. Ello es debido a que el hecho delictivo es concebido básicamente como mera lesión de derechos individuales, prescindiéndose así de un elemento decisivo como la lesividad de lo común. No es extraño, por ello, que estos autores, que adoptan una concepción del hecho más fáctica, desarrollen una teoría de la determinación de la pena muy orientada a los intereses de la víctima. Ésta no es sólo una cuestión de abstracta relevancia teórica, sino que tiene una indudable relevancia práctica. En este sentido la teoría de la «Proporcionalidad con el hecho» no puede explicar muchos factores de determinación de la pena existentes en los ordenamientos de nuestro entorno ni factores que resultan decisivos en la praxis judicial y a los que parece que no se debe renunciar. Todo ello es debido, en mi opinión, no sólo a que a la teoría de la «Proporcionalidad con el hecho» le falta el sustento de una teoría sobre la función social de la pena, sino también a que no asume la existencia de un mínimo orden común o vinculante, que es lo que acaba provocando que sólo sea relevante a efectos de determinación de la pena la afectación de intereses individuales. Por ello, por ejemplo, aunque HÖRNLE (*Tatproportionale Strafzumessung*, Berlín, 1999, pp. 143 ss., 389 ss.; de forma resumida en *Tatproportionalität*, pp. 106 ss., especialmente 126 s.) asume de partida una orientación de la determinación de la pena a la teoría del delito o al injusto culpable, el principal problema del modelo de esta autora es que ocupa un protagonismo excesivo la producción del resultado típico o la medida del desvalor del resultado (*Tatproportionale Strafzumessung*, pp. 373 ss., 399) en detrimento, por un lado, de los elementos expresivos o comunicativos del injusto (del hecho) que ella asume como punto de partida y, por otro lado, de los elementos que tienen que ver con la culpabilidad. La teoría de la determinación de la pena de Hörnle es una teoría excesivamente dependiente del desvalor del resultado. Teniendo esto en cuenta no es extraño, por ejemplo, que a Hörnle le resulte extraña la praxis judicial alemana que suele castigar los homicidios imprudentes con una pena de multa ya que considera que ello no se concilia con el gravísimo desvalor del resultado (p. 386), o que, como reconoce la propia autora, su teoría de la determinación de la pena no sirva para todas las modalidades delictivas (como los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos o los delitos de peligro abstracto entre otros). Ello no es más que una consecuencia de su concepción fáctico-naturalista del hecho delictivo.

III. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA COMO TEORÍA NORMATIVA

La tarea que se le debe asignar a la pena es mantener la vigencia de ciertas normas indispensables, necesarias o esenciales para la pervivencia de la sociedad (si se prefiere, para la convivencia dentro de un orden social), buscando sentar las bases de la confianza de la población en su validez como modelos de orientación. No se trata de un concepto formal de validez o vigencia, sino de un concepto material que tiene que ver con la eficacia de las normas para orientar la vida social. Se trata, pues, de entender la validez en sentido sociológico o práctico como la existencia de un sistema jurídico que efectivamente orienta la vida social (20). Lo que daña el delito es esa situación fáctica conforme a Derecho.

Mientras Jakobs ha vuelto a mantener una concepción de la prevención general positiva dirigida a ejercer la fidelidad en el Derecho, en este trabajo se incide en el papel que tiene la pena para ayudar a mantener la confianza de los ciudadanos en la vigencia de la norma, concepción que creo que permite una visión más normativa de la prevención general positiva. La pena no pretende incidir directamente en conductas futuras (ni del delincuente ni de potenciales delincuentes ni de otras personas), sino sólo confirmar cuáles son las normas que siguen vigentes. Se busca que el mensaje prescriptivo de la norma que ha quedado perturbado con el delito quede restablecido con la pena. La orientación que ofrece la pena no puede incidir desde luego psicológica o pedagógicamente de forma directa y automática en todas las conciencias individuales, sino sólo de forma indirecta o mediata modelando la vida social. En definitiva, la confianza que se busca es una situación social (confianza en sentido normativo) y no una prestación psicológica de los ciudadanos o de la población. La vida social, tal y como la concebimos, existe gracias a un trasfondo normativo que se asume como evidente. El delito niega dicha evidencia y la pena tiene que recomponer ese elemento estructural de la vida cotidiana.

La confianza no se debe entender, pues, en un sentido formal y abstracto como la confianza de la sociedad en su sistema jurídico-penal, sino en sentido realista y vivo como un elemento básico de las relaciones interpersonales y del funcionamiento de la vida social. Sin

(20) AMELUNG, *Eser-FS*, pp. 7 ss.; VELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, Baden-Baden, 2002, p. 209.

confianza la realidad social sufre un cambio cualitativo. En este punto cabe desarrollar una mayor colaboración de la teoría jurídico-penal con ciencias extrajurídicas que van demostrando la importancia de ese elemento social que se puede denominar como confianza. No se trata, por tanto, de fomentar la confianza como fenómeno psicológico-social (21), ya que si cada ciudadano decide o no confiar es una cuestión particular, sino sentar de cara al futuro las bases institucionales en una confianza racional en las normas como modelos de orientación de conducta (22). Si se quiere formular de otra manera, se comunica a los ciudadanos que no tienen que contar con ese tipo de hechos en el futuro (es decir, aprender de la defraudación o del conflicto para evitar fracasar en el futuro). *La pena es un instrumento de orientación de la vida social y de los ciudadanos, que pretende evitar la anomia*, entendida como la ausencia en la vida práctica o en la realidad cotidiana de normas esenciales. Si en la vida social no se respetan las normas de conducta y si cuando se infringen las normas de conducta no se respetan las normas de sanción, ello significa que en realidad no existe el Derecho (salvo casos de infracciones endémicas, lo que genera la anomia no es tanto la infracción en sí como la infracción sin respuesta) (23). Como se ha señalado convincentemente desde una perspectiva funcional, es un requisito irrenunciable para la pervivencia del orden social la existencia de expectativas seguras, sobre todo cuando se trata de aspectos esenciales de ese orden social.

Forma parte del proceso comunicativo que representa la pena, como de todo proceso comunicativo, la expectativa de éxito y de que ésta tenga efectos en el destinatario del mensaje. Sin embargo, la comunicación puede ser aceptada o rechazada por los destinatarios del mensaje por multitud de razones. Esto es importante para la pena como modo de comunicación, ya que el éxito o fracaso de la comuni-

(21) En este sentido critica NEUMANN (nota 17), p. 148, la referencia legítima de la pena a la confianza en la vigencia de la norma.

(22) Sobre la confianza como fenómeno fundamental en la sociedad y el Derecho: v. ROHR, *Evolutionsbiologische Grundlagen des Rechts. Zum Einfluss neurogenetischer Information auf das Recht. Ein Beitrag zur Rechtsstheologie unter besonderer Berücksichtigung des Vertrauens im Recht*, Berlín, 2001, pp. 141 ss.; LUHMANN, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 2ª ed., Stuttgart, 1973, p. 1 *und passim*. V. Rohr llega a afirmar incluso (p. 142) que la confianza es una condición esencial de todo orden democrático de libertad.

(23) Como señala JAKOBS (nota 6), p. 138, el Derecho sirve como modelo de orientación social sólo en la medida en la que sirva para evitar injustos o para reaccionar frente a los injustos.

cación puede depender del mal que se ha elegido como medio de la misma. Un mal insuficiente puede hacer fracasar la comunicación, pero también puede suceder ello con una pena excesiva que provoque rechazo y con ello también haga fracasar la comunicación. Es preciso encontrar la pena que permita una comprensión más adecuada. Sin embargo, los efectos del mensaje dependen de multitud de factores personales o individuales ajenos al proceso comunicativo y que no pueden ser controlados (por citar una obviedad, la pena no puede tener los mismos efectos en un tercero ajeno al delito que en la propia víctima para la que el hecho suele estar cargado de emotividad y a la que la pena le suele resultar una retribución insuficiente del mal que ha sufrido).

Mediante la posición expuesta rechazo la visión sociopsicologista de la prevención general positiva, de acuerdo con la que lo que pretendería la pena no sería más que ejercitar ciertas disposiciones internas de los individuos a obedecer o respetar las normas (24). De acuerdo con este tipo de concepciones la pena no reaccionaría simbólicamente frente a la lesión de la juridicidad, sino más bien frente a la actitud normativa del autor. Con independencia de que nadie sabe cómo influye el ordenamiento jurídico-penal en esa «caja negra» que es la mente y de que es imposible constatar la incidencia o irritación de los delitos y las penas en las conciencias personales, los ciudadanos son los únicos competentes y responsables de dicha disposición (ellos son los que procesan la incidencia que el delito y la pena puede tener para ellos). Como seres definidos jurídicamente como autorresponsables es una cuestión particular si se dejan o no «corromper» en su disposición normativa. Es una cuestión particular de cada ciudadano cómo se deja influir por las normas penales, sus infracciones y por las penas que reaccionan a dichas infracciones. La pena no puede tener como tarea mitigar el peligro de corrupción del delito para ciudadanos responsables (25) ni puede ejercitar o desarrollar fidelidades

(24) En este sentido comparto muchas de las críticas de FRISCH, *Generalprävention* (nota 4), pp. 133 ss. y *50 Jahre Bundesgerichtshof* (nota 4), pp. 277 s. Hay que tener en cuenta que por estas razones Frisch desde 1998 ha renunciado a una concepción sociopsicológica de la prevención general positiva.

Muestra su acuerdo con las críticas de Frisch, v. HIRSCH, «Begründung und Bestimmung tatproportionaler Strafen», FRISCH/v. HIRSCH/ALBRECHT (eds.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg, 2003, p. 60, aunque su posición no coincide con la de Frisch ni con la que se sostiene en este trabajo.

(25) FRISCH, *Generalprävention* (nota 4), pp. 138 s. y *50 Jahre Bundesgerichtshof* (nota 4), p. 278, de acuerdo con KÖHLER, *Über den Zusammenhang von Strafre-*

normativas. La legitimidad de la pena tiene que ser ajena a esa disposición individual a respetar las normas por parte de los que no delinquen si realmente dicha disposición es un asunto individual de la que se tiene que preocupar cada uno en un sistema de libertades propio de un Estado democrático. La pena sólo tiene que mantener la vigencia de las directrices irrenunciables de conducta que rigen la vida social para que el ciudadano las pueda seguir teniendo en cuenta. Y ello lo hace incidiendo comunicativamente en el mantenimiento de la vigencia o de la eficacia de la norma, pero no en los motivos por los que los individuos respetan las normas. Los delincuentes pueden ser hechos responsables de la erosión de la vigencia de la norma, pero no de las disposiciones internas de los otros miembros de la sociedad y, por ello, sólo se les puede imponer la pena necesaria para mantener comunicativamente dicha vigencia, pero no para neutralizar instrumentalmente las tendencias de otros. Creo que Jakobs, con su última versión de la prevención general positiva, no ha acabado de superar estos inconvenientes y, por ello, ha ocupado un lugar central la idea del sufrimiento (o, mejor dicho, de la exposición ante los ciudadanos del sufrimiento del condenado). Por esta razón los aspectos comunicativos tienen que ver más con su concepto funcional de retribución, mientras la prevención general positiva como prevención de la erosión general de la norma sólo se puede conseguir, según Jakobs, instrumentalmente mediante el dolor que inflige la pena. En mi opinión, no es legítimo (además de impracticable) determinar la pena no en relación a lo que el ciudadano ha hecho, sino utilizando como criterio el mal o sufrimiento necesarios para conseguir la fidelidad normativa de los ciudadanos que actúan como espectadores del proceso punitivo. La teoría de la prevención general positiva de Jakobs acaba incurriendo en el mismo defecto de todas las teorías preventivo-instrumentales de la prevención general: en una sociedad de ciudadanos fácilmente corrompibles la pena tendría que ser muy superior a la de una sociedad en la que existen de forma dominante ciudadanos que no se dejan corromper; de esta manera se evidencia como la pena pierde la necesaria proporción comunicativa con el hecho.

chtsbegründung und Strafzumessung erörtert am Problem der Generalprävention, Heidelberg, 1983, p. 51. De acuerdo expresamente con Frisch NEUMANN (nota 17), p. 151, nota 27.

Crítico con la relevancia que puede tener esa misma idea a efectos de determinación de la pena NEUSS, *Der Strafzweck der Generalprävention im Verhältnis zur Würde des Menschen: Ein unaufgelöster Konflikt*, Aquisgrán, 2001, pp. 162 ss., señalando que, como mucho, se podría hablar de una co-responsabilidad, y aun así la responsabilidad principal es de aquellos que se dejan influir por el mal ejemplo.

Si la función de la pena es demostrar lo ventajoso de la obediencia al Derecho, cargando al infractor con costes que demuestran que la falta de fidelidad no es un «negocio rentable», se acaba descuidando un aspecto esencial del delito: su lesividad social. Por ello la gravedad de la pena no debe estar orientada a conseguir fidelidad normativa, sino a responder adecuadamente a la lesividad social del hecho delictivo, lo cual depende de la gravedad de ese hecho para el orden social. La pena no puede más que restablecer o reparar el daño a la juridicidad producido por el hecho delictivo (la estabilización normativa es lo que conlleva seguridad cognitiva para los ciudadanos).

IV. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA COMO TEORÍA COMUNICATIVA DE LA PENA

Comparto con Jakobs y las visiones más funcionales del delito la perspectiva de que sólo se puede desarrollar una teoría normativa de la prevención general positiva si deja de entenderse como una teoría puramente instrumental y se incide en su aspecto comunicativo. Todo orden configurado mediante normas es básicamente un orden simbólico y ello tiene que ver con la función de estabilización normativa característica de la pena estatal.

La pena, como reacción al injusto culpable, restablece la lesión de la juridicidad imputable al autor, es decir, restablece la erosión del Derecho que el autor ha producido con su hecho. Las aportaciones de las Ciencias sociales a lo largo del siglo XX nos han ayudado a explicar mejor esta función de la pena en el plano simbólico o comunicativo en la medida en la que se han convertido en ciencias que estudian una realidad social estructurada simbólicamente (26).

Los partidarios de las teorías preventivo-instrumentales objetan de forma equivocada que una teoría comunicativa de la pena debería dar lugar a respuestas meramente simbólicas sin ningún tipo de efectos prácticos. Sin embargo, constatar la dimensión comunicativa de la pena no implica negar que conceptualmente la pena sea siempre un mal (si no se podría hablar de pena sino de otra cosa), sino negar que dicho mal tenga básicamente una mera dimensión instrumental de atemorización (aunque pueda tener esos efectos latentes). No sólo se comunica con palabras, sino también, por ejemplo, con gestos o

(26) En profundidad FEIJOO SÁNCHEZ (nota 2), pp. 493 ss.

acciones (o con música, artes plásticas, etc.). Por poner un ejemplo alejado del Derecho Penal: la prestación de un excelente servicio puede ser recompensada (retribuida), además de con el precio convenido, con una expresión de gratitud o con una generosa propina. Aunque, evidentemente, la segunda posibilidad depende también de la capacidad económica del que ha disfrutado del servicio (al igual que las reacciones punitivas estatales dependen de la situación social y de las condiciones de vida en esa sociedad) y en esencia se comunica lo mismo, el acto de la propina tiene indudablemente un significado comunicativo más intenso.

La imposición de una pena es una acción del Estado que tiene un significado comunicativo propio distinto al de otras acciones, con independencia de los efectos psicológicos que pueda tener en los ciudadanos o en sujetos concretos. Entender adecuadamente el significado social de la pena obliga a tener en cuenta la *dimensión pragmática* de la comunicación.

Cuando se trata de infracciones graves, sin un determinado mal o sin el ejercicio de la violencia estatal no existe una declaración inequívoca con validez general. La gravedad de la respuesta debe depender de la gravedad social del hecho y ser proporcional a la gravedad de la perturbación para el orden social. En la represión de delitos graves, dolosos y cometidos por personas plenamente imputables no es posible renunciar a la ejecución de la pena como acto comunicativo, ya que de lo contrario el grado de desaprobación no se correspondería con la gravedad de la sanción (27). Por tanto, la pena no es una comunicación a la que se vincula un mal sino que el mal es lo específico de la comunicación penal (aunque a veces el mal quede en suspenso). La pena es el mal necesario para que la comunicación social o interpersonal contra determinados hechos delictivos sea posible. Determinados hechos graves no permiten otro tipo de comunicación (al menos en el contexto de las sociedades que conocemos). Si se observan los diversos estudios empíricos que se han hecho, sobre todo en Alemania, basados en encuestas a la población, se puede observar como un porcentaje elevadísimo de la población (de los ciudadanos que no delinquen) no están dispuestos a renunciar totalmente a las penas para infracciones graves. Entender que en sus reflexiones

(27) HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung* (nota 19), pp. 135 ss.; NEUMANN, «Alternativas al Derecho penal», ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003, p. 213 («en la represión de delitos graves, la pena como acto comunicativo no puede ser limitada de modo apreciable y explícito, y ello porque el grado de desaprobación se corresponde con la gravedad de la sanción»).

pragmático-morales los ciudadanos sólo piensan en cómo intimidar a otros sería simplista; más bien se trata de que renunciar en ciertos casos a una respuesta con un mal no sería entendido, o sería entendido como una situación «injusta» (descompensada). Se trataría de una situación chocante incompatible con determinadas estructuras sociales de responsabilidad. Esta idea, evidentemente, nos permite reducir el alcance del Derecho Penal allí donde otras formas de comunicación son posibles o pasen a ser posibles. Aquí existe todo un campo por explorar que una teoría normativa de la prevención general positiva nos está ayudando a descubrir.

El autor tiene que soportar todo lo que sea necesario (aunque no más) para compensar el daño que ha producido a la vigencia de la norma como realidad social. La necesidad del mal tiene que ver con la intervención estatal necesaria para que la vida social siga siendo cotidianamente una vida conforme a Derecho, no para que conceptualmente se sepa lo que es o no conforme a Derecho (en ese caso bastaría realmente con una declaración). La norma no es sólo un símbolo abstracto que pueda ser protegida sin más con declaraciones abstractas, sino que es un instrumento de configuración de la vida y de las relaciones sociales que la pena debe seguir manteniendo como realidad social. El delito no sólo ha puesto en entredicho la norma en sentido abstracto, sino que ha afectado a una determinada relación interpersonal (en el caso de delitos contra bienes jurídicos individuales) o a otro ámbito de organización (en el caso de delitos contra bienes jurídicos colectivos) y, lo que es especialmente importante, con ello ha afectado a la libertad general como realidad social.

Si una resolución delictiva que se ha ejecutado no es sólo la expresión de un pensamiento (como podría ser: ¡ la norma carece de validez en supuestos como éste ! o ¡ yo entiendo que la norma debería ser otra !), el restablecimiento del Derecho no se puede realizar en muchos casos sólo mediante expresiones. En definitiva, si el contenido comunicativo del hecho delictivo no es sólo una expresión oral o escrita, la respuesta del ordenamiento jurídico no tiene que ser sólo una expresión oral o escrita. El infractor no sólo ha atentado contra un concepto, sino contra una realidad social conforme a Derecho y ha erosionado o ha colaborado a erosionar las condiciones existentes para el desarrollo general de la libertad en la vida cotidiana. Como ya he dicho, cuál deba ser la respuesta adecuada a la lesividad social que encierra el hecho delictivo es una cuestión pragmática que depende de la configuración social concreta.

No comparto con Jakobs la idea de que la vigencia de la norma sólo se ve afectada por la manifestación de la falta de fidelidad. En

mi opinión, la disposición jurídica es un elemento del hecho (por ello no hace falta imponer males cuando el autor cometió el injusto a pesar de una disposición jurídica mínima), pero la ejecución del hecho delictivo descrito en una norma penal también es un elemento importante del mismo. Por ello tiene que ser más castigado en un supuesto de falta de disposición jurídica equivalente aquél que infringe una norma más importante para la pervivencia de la sociedad. Desde mi perspectiva la dimensión comunicativa del hecho resulta en la obra de Jakobs demasiado unilateral al quedar absorbida en exclusiva por la fidelidad al Derecho.

V. REFLEXIÓN FINAL

Jakobs pretende explicar todo el Derecho Penal a partir de la diferenciación fidelidad/infidelidad al Derecho. A partir de esta distinción esencial se va desarrollando toda su teoría jurídica del delito y de la pena con gran coherencia. Por ello la función que desempeña la pena para el orden social tiene que estar relacionada con el mantenimiento de una fidelidad suficiente de los ciudadanos al Derecho como requisito básico para la pervivencia del sistema social. En los últimos tiempos la mera retribución de la fidelidad le ha sido insuficiente para explicar la función de la pena y ha tenido que volver a una concepción de la prevención general positiva en la que la función consiste en asegurar la probabilidad de seguimiento de la norma o producir fidelidad normativa. El delito se define como ausencia de fidelidad al Derecho y la pena tiene como función prevenir una falta de fidelidad generalizada o de mantener en la generalidad una fidelidad suficiente. Como toda diferenciación, la de la teoría funcional de Jakobs no refleja la realidad sino que es una construcción normativa básica que ya no permite dar marcha atrás en el tratamiento de los problemas jurídico-penales. Una cuestión esencial siempre que se debate científicamente con el homenajeado es si se comparte esa diferenciación básica como punto de partida o, como se ha hecho aquí, se entiende que acaba planteando inconvenientes no sólo dogmáticos sino también desde la perspectiva del sistema normativo vigente.

No quiero terminar esta contribución al libro homenaje al Prof. Jakobs sin agradecerle que durante mis estancias en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn me enseñara a ver muchas cosas, algunas relativas al Derecho Penal, de una manera distinta. Este trabajo no habría sido posible sin esas enseñanzas.