

Sobre la teoría de la pena



BJA

Biblioteca Jurídica Argentina

Copia Privada para uso Didáctico y Científico.

PROHIBIDA su Venta, Impresión o Distribución

**GÜNTHER
JAKOBS**

**Traducción de
Manuel Cancio Meliá**

Universidad Externado de Colombia

**Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho**



Universidad Externado de Colombia

**Centro de Investigaciones
de Derecho Penal y
Filosofía del Derecho**

GÜNTHER JAKOBS

**CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BONN (ALEMANIA)**

TRADUCCIÓN DE MANUEL CANCIO MELIÁ

Sobre la teoría de la pena

**Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho**

Título alemán: *Zur Straftheorie* (manuscrito). Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

ISBN 958-616-349-0

© GÜNTHER JAKOBS, 1998

© MANUEL CANCIO MELIA (traducción), 1998

© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1998

Derechos Exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 12 N° 1-17 Este, Bogotá - Colombia. FAX 2843769

Primera edición: agosto de 1998

Ilustración de portada: *Flagelación de San Jorge*, Bernardo Mantorell (1427-1452),
Tabla 1,08 x 0,53 m. Museo del Louvre, Francia.

Composición: Depto. de Publicaciones-Universidad Externado de Colombia

Fotomecánica, impresión y encuadernación: CARGRAPHICS S. A.,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Universidad Externado de Colombia

Rector

Fernando Hinestrosa

Secretario General

Hernando Parra Nieto

CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTICULOS

Nº 16

Serie orientada por

Eduardo Montealegre Lynett

Director del

**Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho**

I. "TEORÍA DE LA UNIÓN"

A. Exposición

Tanto la jurisprudencia, especialmente la de los tribunales superiores, como el sector dominante –al menos en el plano cuantitativo– de los teóricos denominan su entendimiento de la legitimación y del fin de la pena pública "teoría de la unión", en la que, precisamente, se pretende unir diversos fundamentos de legitimación y fines. En su configuración principal se dice que la teoría de la unión ha de "mediar... entre las teorías absolutas y relativas"¹, esto es, combinar la retribución de culpabilidad mediante pena con la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en el autor concreto y la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en potenciales autores de tal modo que en el caso ideal "todos los fines de la pena alcancen una relación equilibrada"². No se les escapa a los defensores doctrinales de la teoría de la unión que los presupuestos implícitos de armonía necesarios para estar de tal modo en misa y repicando pueden ser ajenos a la *praxis*: en tal caso, se dice que debe "darse preferencia a uno u otro principio en el caso particu-

¹ Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª edición, 1996, p. 75.

² Jescheck-Weigend, *AT*, p. 76.

lar”, sosteniéndose, sin embargo, que “la medida de la culpabilidad” ha de constituir en todo caso “el punto de orientación”³. Esto, a su vez, significa que la pena adecuada a la culpabilidad nunca debe ser *sobrepasada* por razones preventivas, y que en virtud de estas mismas razones, por otro lado, sólo puede ser fijada una pena moderadamente *inferior* a la pena adecuada a la culpabilidad, esto último, por ejemplo, “para no dificultar al autor el camino de la reinserción”⁴.

En una variante más reciente, la teoría une tan sólo los fines preventivos, de modo que ha de buscar la legitimación exclusivamente en éstos; sin embargo, se sostiene que ha de prescindirse de la retribución de culpabilidad sólo en el ámbito de la *fundamentación* de la pena, mientras que se pretende que siga desplegando efectos como “medio de limitación de la intervención”. Esto tiene como consecuencia que desde este punto de vista existe la posibilidad de fijar una pena *considerablemente inferior* a la medida adecuada a la culpabilidad si hay razones preventivas que aboguen por ello; sin embargo, también conforme a esta variante se considera ilegítimo sobrepasar la pena adecuada a la culpabilidad⁵.

En una ulterior variante, la teoría de la unión se configura como el resto obtenido tras la detracción de lo sencillamente insostenible: conforme a este punto de vista, “el punto de partida del entendimiento de la pena” queda configurado “en nuestra cultura (,) histórica y materialmente (por) la idea

³ Jescheck-Weigend, AT, p. 76.

⁴ Jescheck-Weigend, AT, p. 76, con referencias de la jurisprudencia en pp. 78 y s.

⁵ Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2ª edición, 1994, 3/36 y ss., 43 y ss., 46 y ss.

de la retribución”⁶. Se dice, sin embargo, que la retribución de culpabilidad viene condicionada por el problema del libre albedrío, y que el propio concepto de culpabilidad está “marcado por concesiones frente a necesidades reales o imaginarias de la política criminal”⁷, de modo que ello tiene como consecuencia que la “retribución” es la denominación del modo de tratamiento de conflictos que corresponde “a nuestra tradición”, pero sin que ello garantice una “conexión interna” entre “culpabilidad y retribución”⁸. Conforme a este punto de vista, la pobreza en consistencia teórica es similar en el ámbito de las teorías de la prevención. No existe prueba de la existencia de un efecto preventivo-individual de la pena. La prevención individual sin pena queda excluida en la mayoría de los casos a causa de la inexistencia de pronósticos de delincuencia que sean suficientemente acertados en la práctica; sin embargo, en la medida en la que pueda ser manejada de modo efectivo, su uso es “un mandato tanto de la razón práctica como de la solidaridad”, siempre que ese uso se lleve a cabo “sin contradicción con los requisitos propios del Estado de Derecho”⁹. Desde esta perspectiva, las condiciones de la efectividad preventivo-general son igualmente, en gran medida, desconocidas; al menos se sostiene que “la expectativa de que los delitos no se queden sin castigo fortalecerá también de modo general la disposición a comportarse de acuerdo con las leyes”¹⁰, pero ello, a su vez, sólo si la pena puede justificarse también en atención a

⁶ Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª edición, 1981, n.m. 8.

⁷ Stratenwerth, *AT I*, n.m. 13.

⁸ Stratenwerth, *AT I*, n.m. 16.

⁹ Stratenwerth, *AT I*, n.m. 22.

¹⁰ Stratenwerth, *AT I*, n.m. 25.

“puntos de vista propios del Estado de Derecho”¹¹. De este modo se obtiene –*sit venia verbo*– una teoría de la unión de los restos: si bien no hay (ya) nada completo, tampoco nada queda eliminado por completo, de modo que la consigna es la de acomodarse en los fragmentos.

B. Crítica

La teoría de la unión acabada de esbozar, junto con sus variantes, no aporta una teoría de la pena pública. Sólo se expondrán aquí dos objeciones. Primero: la teoría de la unión vive de la suposición de que las legitimaciones y los fines de la pena pueden combinarse –al menos a grandes rasgos– mediante adición, es decir, precisamente, que pueden unirse. Si esta suposición fuera acertada, de lo que evidentemente parten los representantes de esta teoría, debería buscarse aquel principio que crea esa armonía de lo aparentemente contrapuesto, es decir, que se ve satisfecho tanto por medio de retribución como por medio de prevención, aunque a su vez ese principio se resuma en algo tan pobre como que “en alguna medida se produzca una reacción de rechazo frente al hecho”. Este principio sería el fin previo a las configuraciones concretas de apariencia heterogénea y otorgaría la legitimación previa. Dicho brevemente: si es posible la armonía, la teoría de la unión se queda corta, ya que no identifica el elemento creador de armonía, incluso, ni siquiera lo busca. Sin embargo, si esta suposición es errada, entonces no se trata de una unión mediante adición, sino de una

¹¹ Stratenwerth, *ATI*, n.m. 29.

paralización recíproca de lo reunido, y ello, además, no sólo en el caso particular –como reconocen los representantes de la teoría de la unión–, sino por principio. Si este fuera el caso, la teoría de la unión se equivoca por completo. Dicho a través de un ejemplo: si se reforma a un asesino para convertirlo en una persona pacífica –si es que ello es posible–, el trato con él –dicho de modo coloquial– no puede interpretarse de un solo trazo también como retribución de culpabilidad; pues la culpabilidad se retribuye a un responsable, mientras que se reforma al objeto de necesidades preventivas. Por lo tanto, la unión paraliza o bien el derecho a la reforma o bien el sentido del acto en cuanto retribución de culpabilidad. La consideración acabada de exponer también se dirige contra aquella variante de la teoría conforme a la cual la pena adecuada a la culpabilidad tan sólo ha de tener el efecto de limitar, pero no de legitimar. La culpabilidad sólo puede limitar aquello que se adecua a su concepto, y, por consiguiente, no puede limitar la educación, la intimidación o elementos similares. Dicho de otro modo: si se toma en serio la idea de la limitación a través de la culpabilidad, ello significa que debe tratarse al autor como responsable, no como objeto, de modo que cualquier reacción preventiva debe limitarse a cero.

Segundo: las suposiciones de armonía no sólo afectan a la teoría, sino también a la *praxis*, y muestran su carácter quebradizo a este respecto de modo especial (aunque no sólo aquí) en el intento de unir la retribución de culpabilidad y la prevención especial. Incluso si se partiera –lo que, sin embargo, sería incorrecto, como antes se ha mostrado– de la base de que la retribución de culpabilidad abre un marco para un tratamiento preventivo-especial, una breve consideración de las estadísticas de reincidencia desde finales del

siglo pasado hasta el día de hoy enseña que –al menos en el Derecho penal de adultos– no existe una relación positiva entre la pena de las características que son habituales y algún tipo de efecto preventivo-especial, prescindiendo del mero efecto de aseguramiento respecto de aquel que está encerrado en la cárcel. Parece evidente que lo que sucede de modo cotidiano como pena no es una prevención especial limitada por la retribución de culpabilidad. Ello tiene razones fácilmente comprensibles, que rigen también respecto de la relación –dicho de modo más exacto, respecto de la ausencia, también en este caso, de una relación positiva– entre retribución de culpabilidad y prevención general. Lo que habría que prevenir sería la génesis de una motivación para cometer el hecho, y ello de acuerdo con la medida de la intensidad de la motivación. Sin embargo, la retribución de la culpabilidad se refiere al hecho en cuanto perturbación social. Dicho con un ejemplo: una calumnia pronunciada por ligereza podría prevenirse mediante una pequeña pena pecuniaria, mientras que el mismo hecho, cometido por un profundo odio, sólo podría ser prevenido mediante una larga pena privativa de libertad; el robo con homicidio podría prevenirse con la pérdida de bienes de un valor múltiple del beneficio –aproximadamente, diez veces ese valor– del hecho, mientras que el homicidio nacido de la desesperación en el marco de un conflicto no podría ser prevenido de ningún modo. Todas las teorías que desde Feuerbach toman como punto de referencia la intimidación general han dedicado en vano laboriosos esfuerzos a superar el escollo de esta incompatibilidad entre la intensidad de la motivación y la relevancia de la perturbación. Y en aquellos casos en los que la prevención especial parece prometedora,

como, por ejemplo, en algunos sectores del Derecho penal de menores, se desvincula del principio del hecho.

II. LA PENA COMO CONFIRMACIÓN DE LA REALIDAD DE LAS NORMAS

A. Esbozo

Si se contempla estos escombros, se impone la cuestión de cuál es la razón por la que algo tan problemático como la pena pública siquiera puede seguir existiendo. Dicho desde otra perspectiva: puesto que evidentemente aún existe la pena, cabe plantear la sospecha de que la "pena" no sólo ofrece la denominación de un conglomerado de elementos heterogéneos, sino que puede ser reconducida a un concepto; en lo que sigue, se intentará realizar ese esfuerzo. Si para ello quieren evitarse eclecticismos del tipo de la teoría de la unión, ha de tenerse en cuenta desde el principio que la retribución de culpabilidad y la prevención (o las prevenciones), sea de modo aislado o conjuntamente, posiblemente configuren un punto de partida insuficiente. No hay nada que garantice que el espacio de la teoría de la pena coincida para siempre jamás con los campos de *punitur ne peccetur* y *punitur quia peccatum est*.

Pero, ¿cuál es aquel otro elemento que resulta decisivo? Dicho de momento a modo de esbozo: la pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad. Más adelante se discutirá hasta qué medida siquiera es acertado hablar de un "fin" de la pena. En todo caso, tal fin, si es que se quiere hacer uso de ese término,

recibiría una denominación completamente desdibujada con un *ne peccetur*. ¿Por qué iba a entregarse la sociedad a la ilusión de que previene delitos? Su configuración se ve confirmada y sigue siendo el esquema de orientación determinante, y ello tanto para la determinación de lo que es fidelidad al Derecho como para la determinación del delito. Se previene algo, pero no un delito futuro cualquiera, sino que los delitos ya no se conciben como delitos; lo que se previene, por lo tanto, es la erosión de la configuración normativa real de la sociedad. La pena pública es el mantenimiento del esquema de interpretación válido públicamente. El *quia peccatum est* tampoco describe de modo adecuado la razón del proceso de la punición; pues la razón no es sólo la maldad del hecho, un *peccatum*, sino el mantenimiento de una determinada configuración social. Sin tener en cuenta esa configuración, es decir, de modo absoluto, no puede fundamentarse la pena pública. En lo que sigue, se expondrá en detalle este esbozo; con carácter previo a las consideraciones relativas a la pena es necesario hacer algunos comentarios acerca del significado del hecho.

B. El significado del hecho de una persona

Existe sociedad cuando y en la medida en que hay normas reales, es decir, cuando y en la medida en que el discurso de la comunicación se determina en atención a normas. Esta comunicación no tiene lugar entre individuos que se rigen conforme a un esquema de satisfacción/insatisfacción, y que en ese contexto posiblemente también obedezcan al palo de un señor, sino que es la conducta de personas que quedan definidas por el hecho de que siguen normas; persona es, por

lo tanto, a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del Derecho. La persona no actúa conforme al esquema individual de satisfacción e insatisfacción, sino conforme a un esquema de deber y espacio de libertad.

Es una persona real aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma. Han de cumplirse dos condiciones: el comportamiento debe estar regido por normas, y ha de resultar adecuado a la norma. Partiendo de esta situación, resulta difícil describir la infracción de una norma. No es sencillamente un error de una persona, pues la persona se define a través de su motivación para una conducta correcta. Pero tampoco puede definirse como medio ambiente de la sociedad, como naturaleza, la naturaleza no delinque, sino que, en todo caso, produce desgracias. Se trata más bien de una conducta que en su determinación –y en este sentido– es formalmente personal, pero que en su contenido es una conducta que sucede en el medio ambiente de la sociedad real. Dicho a modo de ejemplo respecto de esta personalidad formal que implica naturaleza material: un parlamentario sube a la tribuna de oradores y canta una canción obscena. Esto es desde el punto de vista formal un acto parlamentario (una manifestación hecha en esas condiciones está determinada a ser una contribución parlamentaria), pero materialmente es medio ambiente parlamentario (un ruido perturbador sin sentido parlamentario). A diferencia de lo que sucedería en el caso, por ejemplo, de un ujier que por despiste entra en la sala canturreando, la cuestión no se soluciona ubicando la fuente y cegándola (en relación con la normativa de los parlamentarios; en las reglas de los ujieres, el cantar durante el servicio en la sala es un error de una persona, no un mero suceso del medio ambiente), puesto que

el medio por emplear en ese proceder (cualquier medida instrumental) es indicio de que se está tratando con el medio ambiente, mientras que el conflicto (el mutuo entendimiento normativo está en peligro) sólo puede ser descrito en el ámbito personal, esto es, intrasocial, en este caso: en el ámbito parlamentario.

La infracción de una norma crea una situación ambigua: formalmente, se trata de sociedad, pero los límites de ésta son trazados de nuevo; allí en donde conforme al esquema social se trata de deber, el sujeto que actúa exige un espacio de libertad. Dicho de otro modo: el comportamiento se interpreta como conducta con sentido, pero el contenido de ese sentido está en discusión: sentido formal. El comportamiento contrario a la norma, por lo tanto, perturba la orientación, puesto que pone en duda el carácter de real de la sociedad: ¿se trata de deber o de un espacio de libertad?

Puesto que el infractor de la norma materialmente no alcanza la sociedad, pareciera lógico privarle del reconocimiento de su personalidad con reacción frente a su hecho. No ha cumplido con las expectativas que se dirigen a su persona; por consiguiente, se lo define como algo a lo que estas expectativas ya no se dirigen, como individuo, más duramente, como "una cosa... una pieza de ganado"¹², dicho brevemente, como naturaleza. Sin embargo, sería presu- puesto de tal solución que el infractor de la norma pudiera disponer de su personalidad, que al menos pudiera perderla por su culpa. Esta suposición de que existe la posibilidad de perder la personalidad es próxima especialmente para

¹² Fichte, "Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre", en: *Sämtliche Werke*, ed. a cargo de J. H. Fichte, 2. *Abtheilung*, tomo 1, pp. 1 y ss., 278 y s.

aquellas concepciones en las que la constitución del grupo que fundamenta la personalidad es entendida como contrato de los miembros (ello al menos cuando la identidad de los contratantes no se ve modificada por el contrato; un "contrato" que constituya instituciones, como lo es materialmente el *contrat social* de Rousseau, no permite la disponibilidad). Fichte argumenta de este modo: en el momento del hecho "el contrato queda destruido"¹³; puesto que todos sólo tienen derechos bajo la condición de que "cuadren en una comunidad de seres racionales", en el caso de los infractores de normas "decae la condición de la capacidad jurídica, el hecho de cuadrar en una sociedad de seres racionales, y, por consiguiente, aquello que es condicionado: la capacidad jurídica. Dejan de tener derechos".

En este punto de partida resulta perturbadora, en primer lugar, la imposibilidad de adecuar la medida de la consecuencia a la medida de la perturbación; pues la consecuencia es siempre la misma: la persona se convierte en ganado, mejor dicho: se convierte a sí misma en ganado. Incluso en el caso de una "falta de atención, allí, en donde en el contrato se contó con su (del infractor de la norma) atención", Fichte afirma la existencia de la consecuencia¹⁴. Ciertamente, intenta obtener una graduación de las consecuencias de distintos quebrantamientos de la norma a través de la construcción de un "contrato de expiación", mediante el cual Fichte abre la posibilidad de que el infractor escape a su exclusión y que quede "completamente reconciliado con la sociedad". Pero

¹³ *Naturrecht*, p. 260.

¹⁴ *Naturrecht*, p. 260.

esa graduación no aporta proporcionalidad respecto de la medida de la desorientación social; el objetivo del contrato de expiación no es la realidad de la norma, sino la seguridad de bienes, y su introducción no viene determinada por la cualidad de persona del infractor de la norma, sino por el cálculo de que cabe “mantener al ciudadano” –dicho sea de paso: ¿“ganado” como “ciudadano”?– “cuya utilidad es superior a su lesividad” para la sociedad¹⁵.

La insuficiencia en el punto de partida que acaba de esbozarse remite –en segundo lugar– al error de base de esta aproximación: si el delincuente se expulsa a sí mismo de la sociedad, los límites de ésta dependen de la conducta del infractor de la norma, de modo que ni siquiera cabe describir un conflicto social específico, con lo que también queda cegada la posibilidad de una reacción en el plano del entendimiento normativo recíproco. Dicho de otro modo: Fichte elimina la ambigüedad propia de cualquier quebrantamiento de la norma no mediante la estabilización de la sociedad existente, sino mediante su reducción. Sin embargo, si frente a esto la realidad de las normas no se concibe como una suma de los asentimientos individuales, sino como una magnitud que sigue su propia dinámica, a la sociedad no podrá prescribírselle su límite por medio de una conducta individual, y ello tampoco a través de la construcción de un condicionamiento del carácter de miembro de la sociedad.

Por lo tanto, el infractor de la norma debe seguir siendo una persona. Pero entonces, a diferencia del punto de partida acabado de tratar, su conducta materialmente natural no

¹⁵ *Naturrecht*, p. 261.

puede ser siquiera objeto de discusión como tal; pues una persona *per definitionem* no se comporta de modo natural, sino –al menos en la medida en que naturaleza y norma estén en conflicto– de manera determinada por la norma. Si se pretende, entonces, que el hecho sea una conducta de una persona, esta conducta no se encuentra en el mundo de la sociedad real, sino en un mundo equivocado: el hecho del infractor de la norma muestra lo opuesto a la sociedad real y sólo se halla vinculado a ésta por el hecho de que el agente es reclamado por la sociedad como persona. Precisamente por esto, se mantiene su personalidad, su acción tiene sentido, aunque ambas cosas sólo en el plano formal. Dicho sea de paso: el hecho de que el infractor carece de personalidad *material* fundamenta la posibilidad de ejercer legítima defensa en su contra, al igual que los límites de ésta muestran que subsiste su personalidad *formal*.

C. La pena como marginalización del significado del hecho

Un quebrantamiento de la norma se encuentra en un mundo equivocado porque niega las condiciones de lo común. Su significado es: ¡no esta sociedad! Esto, a su vez, no debe entenderse de modo psicologizante; desde ese punto de vista, el infractor de la norma –a no ser que quiera fundar una contrasociedad o actuar como Eróstrato– por regla general no desea significar absolutamente nada, sino que, por el contrario, intentará mantener su hecho *privatissime*. Pero la sociedad que insiste en la definición del infractor de la norma como persona –aunque formal–, interpreta el comportamiento en el sentido antes indicado, y ello, mientras esa sociedad siga siendo real. No entiende la conducta como

naturaleza, sino como contradicción. A diferencia de la sociedad de Fichte, que expulsa al infractor de la norma y se limita a unir el conjunto restante de personas materiales, la sociedad aquí descrita pasa a ser no homogénea al insistir en la personalidad del infractor de la norma, es decir, al interpretar el quebrantamiento de la norma como afirmación que debe ser tomada en serio.

Que la situación quede así, en esa falta de homogeneidad, depende de si se produce una conducta anudada a la anterior, y, en caso afirmativo, de qué modo. Ciertamente, la conducta personal es también una conducta física, pero no se agota en lo externo, sino que además tiene un significado, que consiste en la comunicación acerca de normas. Frente a tal comportamiento no puede reaccionarse, a su vez, de modo exclusivamente externo, exclusivamente físico, sino sólo mediante una expresión con el significado de comunicación. Dicho con un ejemplo: una persona se junta con otra para emprender la realización de una tarea común. De ese modo, declara que respetará las condiciones normativas que son necesarias para realizar tal tarea –consideración de la vida y salud del otro, etc.–, y ello no en una comprensión psicologizante, sino como interpretación objetiva de su conducta en una sociedad real. La otra persona interviene también en la tarea y anuda con ello su conducta a la anterior también en el plano del significado. Si se trata al infractor de la norma del tipo que se acaba de esbozar como persona normal, el significado de su conducta se define como significado normal: la norma sufre erosión. Si se pretende evitar esa erosión, ha de anudarse una conducta de tal modo que quede clara la imposibilidad de llegar a lo común a través del quebrantamiento de la norma. Al infractor de la

norma se le priva de la posibilidad de comportarse en el plano físico, como única condición de lo común con él, que le es accesible a la sociedad; se le retiran de modo más o menos radical de sus medios de interacción: pena, desde la constatación –contenida en todo fallo de culpabilidad– de que es incorrecto anudar a su conducta en términos de confirmación, pasando por la pena de multa y la pena privativa de libertad hasta la pena de muerte.

La privación de medios de interacción no se lleva a cabo porque el infractor de la norma no sea una persona; si no lo fuera, sería evidente lo que habría que hacer: aquello que resultara funcional para evitar reincidencias, y nada más. Esa privación, por el contrario, precisamente se produce porque es una persona, pero no debe anudarse al contenido de su conducta. La retirada de posibilidades de conducta es la exclusión más radical posible de toda articulación a la que pudiera anudarse una conducta. La privación tampoco se produce para marginalizar a la persona; no es ella la que se convierte en irreal, sino el significado de su conducta: esa conducta no fundamenta algo en común, sino lo disuelve, lo que significa que para el posterior desarrollo de la sociedad, es decir, para la realidad de ésta, la conducta no es determinante.

El infractor de la norma no ejecuta el hecho porque sea una persona, sino porque ha permanecido subdesarrollado como persona, precisamente, se ha quedado en lo exclusivamente formal. Si su hecho se convirtiera en parte de la realidad social, quedaría eliminada también esa persona exclusivamente formal; pues no existe por fuerza propia, existe en la mayoría de los casos incluso en contra de la voluntad del individuo afectado, sino que existe sólo en virtud de la

definición de la sociedad, mientras ésta siga siendo real. En esta medida, puede decirse que el infractor de la norma lesiona por igual a los demás y a sí mismo en cuanto persona (¡!); en la terminología de Hegel, esto se expresa en que “la lesión” ha sido “sufrida... por la voluntad existente en sí”, y concretamente “tanto por esta voluntad de quien lesiona (¡!), como del lesionado y de todos”¹⁶. Por consiguiente –se trata del plano de la persona–, la pena no se dirige ni en mayor ni en menor medida a él que a todos los demás. Después, puede que comprenda su personalidad, es decir, que se conciba a sí mismo como sujeto; en tal caso, comprenderá también la necesidad y el significado de la sanción. También puede suceder que persista en mantenerse en su pura individualidad; entonces, la sanción, desde su perspectiva, sólo podrá ser vista como violencia. Pero su entendimiento individual no es lo decisivo, sino el entendimiento general.

La privación de medios de interacción del infractor de la norma tiene lugar como violencia. Pero, ¿por qué necesita el trato con una persona de la violencia?; dicho de otro modo, ¿por qué no basta la constatación de que no debe tomarse como referencia su conducta? Sería precipitado suponer –como puede parecer a primera vista– que la violencia no puede dirigirse contra la persona, sino sólo contra el individuo. El infractor de la norma, a través de su conducta, no sólo ha significado algo, sino que a la vez también lo ha configurado; dicho mediante un ejemplo, no sólo ha afirmado que no ha de respetarse la vida ajena, sino que la ha destruido,

¹⁶ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, en: *Sämtliche Werke*, ed. a cargo de H. Glockner (Jubiläumsausgabe), T. 7, 1952, § 99.

o, al menos –en el caso de la tentativa– se ha dispuesto a ello. Por lo tanto, el significado de esa conducta no sólo es objetivado por él en el plano simbólico, sino mediante el mundo externo de las personas, que es configurado ya después de la afirmación. Así las cosas, la declaración aislada de que no debe anudarse al hecho estaría objetivada en menor medida de la que lo está el hecho mismo: así como el hecho configura de modo definitivo el mundo externo de las personas (o se dispone a ello), también la reacción frente al hecho debe suponer una configuración definitiva, lo que significa que debe hacer imposible de modo efectivo que se anude una conducta a éste, convirtiéndose de esta manera en permanente en el mundo externo. Esto nada tiene que ver con la intimidación o educación del infractor de la norma o de otras personas. Tan sólo se trata de contraponer a la realidad de la persona meramente formal en el hecho, esto es, al quebrantamiento de la norma, una situación materialmente personal, esto es, la realidad de la norma (y no sólo su posibilidad). Por consiguiente, la medida de la pena ha de regirse por la medida objetivada de negación de personalidad, y no por lo que sea necesario a efectos de intimidación, educación o aseguramiento. Esto último, como ya se ha expuesto al principio, habría de orientarse en atención al balance individual de beneficios.

Partiendo de la concepción acabada de esbozar, el extendido discurso relativo al fin de una sanción es, al menos, poco exacto. Pues la sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de un fin, *scil*, la constatación de la realidad de la sociedad sin cambios. De modo especial, ha de mantenerse a la sanción libre de todas las adiciones que parecen imponerse cuando se toman en

consideración de algún modo la situación motivacional de los individuos, y puesto que la sanción consiste en una limitación de los medios materiales del infractor de la norma, posiblemente se produzcan con facilidad confusiones entre el efecto de una sanción en el esquema de satisfacción e insatisfacción con su significado en el esquema de deber y espacio de libertad. En tal caso, lo que *es* la autoconstatación de la sociedad acerca de su situación real, aparece entonces como dirección más o menos afortunada de una conducta individual. Pero tales interpretaciones evidencian una consideración superficial; pues las personas no son dirigidas por la sociedad, sino constituidas por ella, y cuando la persona se detiene en la constitución formal, se confirma –si es que la norma es real– mediante la privación de los medios de una conducta física que lo materialmente acorde de la norma es la única configuración a la que ha de anudarse una conducta. Mientras esta confirmación tenga lugar, carece de toda relevancia para la permanencia de la realidad de la sociedad que se produzcan otros efectos distintos.

A pesar de ello, no se trata de una teoría absoluta de la pena, si es que como tal se entiende que la pena ha de seguir de modo categórico al quebrantamiento de la norma. Ciertamente, una sociedad se abandonaría a sí misma si colocara en lugar de su realidad alguna otra cosa, como, por ejemplo, la maximización de determinados bienes. Este es el contenido correcto de la teoría absoluta de Kant: no se trata de “fomentar otro bien”¹⁷, es decir, no del bienestar de los individuos, sino exclusivamente de la realidad social. Esto

¹⁷ “Die Metaphysik der Sitten”, en: *Werke*, ed. a cargo de W. Weischedel, T. 4, Darmstadt, 1963, pp. 303 y ss., 453.

no significa, sin embargo, que en la ejecución del “imperativo categórico”¹⁸ no pudiera tenerse en cuenta el fin, es decir, la realidad social. Si esta realidad permanece completamente incólume, por ejemplo, porque el hecho manifiesta desesperación o miopía u otra forma de incompetencia para administrar ya los asuntos propios, de modo que no existe en realidad el riesgo de que se anuden conductas al contenido material del quebrantamiento de la norma, a falta de una perturbación de la vigencia de la norma más allá del hecho no es necesaria una sanción, y ésta puede ser leve mientras el riesgo de que se anuden conductas sea reducido. Hegel ha descrito cómo el cambio de perspectiva desde una víctima individual hacia la “peligrosidad de la acción para la sociedad” parece dificultar el hecho, ya que entonces se dirige contra algo más grande, contra lo común, y cómo, sin embargo, “el poder de la sociedad, que ha adquirido seguridad en sí mismo, degrada la importancia externa de la lesión”¹⁹. “El punto de vista de la peligrosidad para la sociedad civil, aunque aparentemente agrave los delitos, es, sin embargo, el que sobre todo ha disminuido su castigo”²⁰.

En cuanto a los resultados alcanzados, lo aquí expuesto debe sus elementos principales a la teoría de la pena de Hegel. En su terminología se dice que la “lesión del Derecho en cuanto Derecho” es “nula en sí misma”²¹, aquí se afirma que el quebrantamiento de la norma no es determinante para la sociedad real. En la obra de Hegel se dice además que la

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Grundlinien*, § 218.

²⁰ *Ibidem*, anotación.

²¹ *Grundlinien*, § 97.

nulidad se muestra en la destrucción de la infracción del Derecho, aquí se afirma que el carácter no determinante puede observarse en la exclusión de lo común con el infractor de la norma.

D. Infractor de la norma *versus* enemigo

Si la pena –en la concepción descrita– confirma la identidad normativa de una sociedad, es palmario que sólo un miembro de la sociedad puede ser penado: nadie más puede atacar la identidad normativa. Por consiguiente, la pena es un proceso que se desarrolla de modo puro *dentro* de una sociedad. El infractor de la norma no es enemigo de la sociedad en el sentido de un medio ambiente no vinculado normativamente y configurado de modo adverso, consistente en otros seres humanos, sino que es un miembro de la sociedad. Ahora bien, esta sociedad –al menos, ello es así de modo claramente predominante– no es una sociedad global, ésta entendida como conjunto de toda comunicación, sino que se trata de una sociedad parcial constituida en Estado que practica sus propias normas, y es el Estado en cuanto determinada constitución de una sociedad la cual administra la pena pública. Por ello, en la teoría de la pena está bastante fuera de discusión que un Estado necesita en cada caso de una legitimación especial (por ejemplo, cuando impone una pena en lugar de otro Estado) para perseguir jurídico-penalmente sucesos externos; la frontera entre lo interno y lo externo se determina principalmente en atención a criterios territoriales o en razón de la ciudadanía formal o material. Esto es, en todo caso, la consecuencia que deriva de la concurrencia de distintos Estados, un hecho del que hay que partir. De

acuerdo con su idiosincrasia, una unidad constituida normativamente determina ella misma quién es el miembro de ella, tratándolo como persona. Los criterios de distinción pueden ser la descendencia o el matrimonio (linaje), o la pertenencia a un determinado pueblo o nación, o la elección, profesión de fe respecto del hecho de ser un elegido, etc., esto junto con combinaciones (*cuius regio, eius religio*) y su exclusión (precisamente, la imposibilidad de una religión distinta de la del soberano). El criterio más importante, dicho sea de nuevo, es, aparte de la ciudadanía, el dominio ejercido sobre determinado espacio; se habla del principio de territorialidad.

Si se produce una perturbación por sujetos externos, ésta es resuelta –como todo medio ambiente adverso– por vía cognitiva, lo que significa que se impide al enemigo llevar a cabo sus propósitos; en este contexto, es una cuestión puramente funcional que se lo destruya o que se llegue a un acuerdo con él. De modo correspondiente, durante siglos estuvo más o menos fuera de discusión que los soldados enemigos, al igual que los soberanos de Estados enemigos, no debían ser condenados después de una guerra ganada, y ello, sencillamente, a falta de un quebrantamiento de la norma; ello, aunque siempre ha habido casos dudosos (¿qué *status* corresponde al espía que ha penetrado en el territorio?), y ello especialmente en el marco de aquellas concepciones que basan cualquier vínculo normativo en un acto de sumisión (¿se ha sometido de modo concluyente quien atraviesa el territorio?).

Ahora bien, no hay ninguna garantía de que la definición de los participantes por un Estado se limite a aquellos que a grandes rasgos se conducen conforme a sus reglas. Más bien

al contrario, puede suceder que el Estado defina como personas pertenecientes a él incluso a aquellos que no pueden sospechar nada de esta reivindicación de la que están siendo objeto, o a aquellos sujetos que, ya sean integrados en otros vínculos normativos, ya sea como individuos carentes de relaciones, no quieren asumir deberes del grupo, ya que no pueden o no quieren participar de los beneficios. Imaginemos que alguna sociedad, religiosa conforme a su idiosincrasia y constituida en Estado (o de algún otro modo), constata la existencia de un deber para todo ser humano de hacerse bautizar, y que castiga la negativa con una "pena". Cuando esa sociedad haya abarcado la mayor parte de la población mundial, el resto –partiendo de que su número sea lo suficientemente reducido– probablemente tolerará la pena en la conciencia de haber quedado fuera del mundo. Sin embargo, hasta que esa religión domine la conciencia general, se encontrará con un mundo que no vive conforme a su orden, lo que significa que en todo caso tendrá efectos externos, pero no significa nada.

El poder de definición de la sociedad sobre sus miembros, por lo tanto, sólo conduce a un orden normativo mientras los miembros vivan de acuerdo con el orden, y no sólo sean sometidos a pena. De no ser esto así, tan sólo se trata nominalmente de asuntos internos; materialmente, sin embargo, habrá una usurpación por parte de sujetos externos. Intentaré ejemplificar esta constatación a través del análisis de la posibilidad de fundamentar un tribunal internacional para las violaciones de los derechos humanos. A este efecto, se partirá de que los derechos humanos están todo lo bien fundamentados como ello resulta posible para una norma. Si un déspota destruye un ordenamiento de derechos humanos

existente, se tratará de un quebrantamiento de la norma a gran escala –y su punición no planteará problema jurídico-penal teórico alguno– mientras sus acciones perturben el orden existente, es decir, un orden conforme al cual conducen sus vidas las personas. Si, por el contrario, falta tal orden vivido, y, en ese sentido, real, sea desde el principio, sea porque los individuos, bajo la presión de las circunstancias, se arreglan con independencia del orden, entonces los hechos del tirano no destruyen una realidad de normas, no hacen ambiguo un mundo normativo, sino que son, sencillamente, empresas externamente efectivas, pero carentes de significado de un individuo poderoso contra víctimas impotentes. En tal caso, cabrá fundamentar un derecho a la revolución, incluyendo un derecho a matar al tirano, y ello en la misma medida en que se hallen fundamentados los derechos humanos de cuya violación se trata. Sin embargo, tales reacciones nada tienen que ver con una pena, tampoco cuando son impuestas por un tribunal. Quien habla de una pena allí donde de lo que se trata no es de la perturbación de un orden existente, sino del establecimiento de uno nuevo, desconoce la libertad de los individuos no vinculados por un orden real en ambos lados, tanto en el lado de las víctimas como en el de los autores.

No es necesaria una fundamentación más detenida para determinar que conforme a estos principios, también la punición jurídico-penal de violaciones de los derechos humanos en la República Democrática Alemana carece de una fundamentación teórico-penal. Cuando el Tribunal Supremo Federal afirma que si bien la *praxis* estatal de la RDA no respetaba los derechos humanos, pero que sí los habría debido respetar conforme a su propia “Ley, correc-

tamente interpretada"²², ello constituye una sustitución de aquello que existe por lo que debería existir. Pero aunque esto último muestre una enorme fuerza para existir: antes de existir no es un orden real.

III. DELIMITACIÓN FRENTE A MODALIDADES DE LA "PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA"

El resultado alcanzado –la pena como confirmación de la configuración de la sociedad– tiene puntos de estrecho contacto con una teoría reciente de acuerdo con la cual la pena tiene la misión preventiva de mantener la norma como esquema de orientación, en el sentido de que quienes confían en una norma deben ser confirmados en su confianza. Se habla de prevención general positiva –no intimidatoria, sino, como se ha dicho, confirmatoria–, es decir, de una confirmación frente a todos²³. Esta teoría de la prevención general positiva no carece de antecedentes, sino que es próxima, a su vez, a la doctrina de Welzel según la cual el Derecho penal tiene una "función ético-social", lo que significa que demostraría "la vigencia inquebrantada" de los "valores de acto de la actitud conforme a Derecho", que forma "el juicio ético-social de los ciudadanos" y fortalece "su permanente actitud favorable al Derecho"²⁴.

No se pretende realizar aquí una crítica de estas teorías; pero en su formulación –y se trata más bien de cuestiones de

²² BGHSt, T. 39, pp. 1 y ss., 29.

²³ Cfr., la exposición, con completas referencias, en Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edición, 1991, 1/1 y ss., 14 y ss.

²⁴ *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª edición, 1969, pp. 1 y ss., 3 y s.

formulación que de cuestiones materiales-, llegan a una configuración demasiado psicologizante. La pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación. La confianza en la norma o la actitud conforme a Derecho de los ciudadanos tan sólo son derivados de la realidad de la sociedad, que es lo único decisivo. Puede suceder que se desee alcanzar determinados procesos psíquicos como consecuencia de la confirmación de la norma por medio de la pena pública, pero no forman parte del concepto de pena. Este -y eso es lo que se ha intentado mostrar aquí- se agota en que la pena significa la permanencia de la realidad de la sociedad sin modificaciones, es decir, la permanencia de la realidad normativa sin modificaciones. La prevención general positiva -si es que quiere hacerse uso de ese término- no debe denominarse prevención *general* porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de *prevención* porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma.

IV. RESUMEN

1. Las teorías de la pena orientadas a la retribución y a la prevención no pueden unirse en *una* teoría: la retribución de culpabilidad deslegitima la prevención.

2. Las teorías de la prevención en su comprensión habitual toman como punto de referencia la intensidad de los estímulos de motivación individuales, y no, por lo tanto, el peso de la perturbación social, y por ello son incompatibles con el principio del hecho.

3. Los *topoi* clásicos *punitur quia peccatum est* y *punitur ne peccetur* no abarcan de modo completo el panorama de las posibilidades de fundamentación de la pena.

4. El delito es el hecho de una persona exclusivamente formal, pero, en todo caso, de una persona, y, por ello, debe ser entendido como algo con significado, como contraproyecto frente a la sociedad.

5. La pena marginaliza el significado del hecho. En cuanto marginalización de un contraproyecto ejecutado, también la pena debe ser ejecutada: tiene lugar como violencia.

6. La pena no es lucha contra un enemigo; tampoco sirve al establecimiento de un orden deseable, sino sólo al mantenimiento de la realidad social.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en agosto de 1998.

Se compuso en caracteres Palatino de 12 puntos
y se imprimió sobre papel bond de 70 gramos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Post Tenebras Spero Lucem