

*Grado en Derecho*  
Trabajo de fin de Grado (21067/22747)  
Curso académico 2019-2020

# **PREVENCIÓN GENERAL Y PERSPECTIVAS COMUNICATIVAS DE LA PENA**

Julià Mesas Román

NIA: 194198

Tutor del trabajo:

Prof. Dr. Dr. h. c. mult.  
Ricardo Robles Planas



**Universitat  
Pompeu Fabra**  
*Barcelona*

*A Marina,  
de los pies al alma.*

*A Miguel y Neus,  
por su apoyo impagable.*

*Al profesor Mir Puig,  
la llama de su lucidez perdura.*

### **DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD**

Yo, Julià Mesas Román, certifico que el presente Trabajo no ha estado presentado para la evaluación de ninguna otra asignatura, ya sea en parte o en su totalidad. Certifico también que su contenido es original y que soy la única autora, no incluyendo ningún material anteriormente publicado o escrito por otras personas salvo aquellos casos indicados a lo largo del texto.

Como autora de la memoria original de este Trabajo de Fin de Grado autorizo a la UPF a depositarla y publicarla en el e-Repository: Repositorio Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en cualquier otra plataforma digital creada por o participada por la Universidad, de acceso abierto por Internet. Esta autorización tiene carácter indefinido, gratuito y no exclusivo, es decir, soy libre de publicarla en cualquier otro sitio.

Julià Mesas Román  
Barcelona, 15 de junio de 2020

## RESUMEN

La pena como concepto fundamental del Derecho penal todavía no ha logrado encontrar un sentido único. Se ha abandonado casi por completo la esperanza de encontrar una teoría del dolor penal que integre coherentemente justificación axiológica y legitimación empírica. La expansión del Derecho penal hacía nuevas formas de criminalidad ha puesto de manifiesto la complejidad del fenómeno punitivo, pero la discusión sobre la pena no ha ido acompañada con estos cambios y los conceptos tradicionales del hecho punible y el castigo penal se han mantenido inalterados. Sin embargo, las nuevas tendencias comunicativas o normativistas de la pena- especialmente la tesis dual de JAKOBS-, al haber transformado el concepto de delito y pena sin renunciar a la idea de prevención, han aportado nuevas y fértiles perspectivas para una mejor fundamentación del recurso al *ius puniendi* sin desatender su incipiente complejidad.

El presente trabajo pretende poner de manifiesto el contexto que ocasionó su aparición y resaltar las virtudes y disfuncionalidades de una concepción preventivo-comunicativa de la pena.

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>2</b>
<b>2. LOS PROBLEMAS DE UNA CONCEPCIÓN EXCLUSIVAMENTE PREVENTIVA DE LA PENA .....</b>	<b>3</b>
2.1. PROBLEMAS DE JUSTIFICACIÓN .....	11
2.2. PROBLEMAS DE EXPLICACIÓN .....	14
<b>3. LAS SÍNTESIS ECLÉCTICAS: VIRTUDES Y DISFUNCIONALIDADES .</b>	<b>25</b>
3.1. LA TEORÍA DIALÉCTICA DE LA UNIÓN DE ROXIN. LA PREVENCIÓN LIMITADA POR LA MEDIDA DE LA CULPABILIDAD DEL AUTOR .....	27
3.2. LA TESIS FUNCIONAL MIXTA O UNIFICADA DE JAKOBS. COMUNICACIÓN Y PREVENCIÓN GENERAL .....	32
<b>4. ¿PREVENCIÓN SIN DISUASIÓN? .....</b>	<b>41</b>
<b>5. CONCLUSIONES.....</b>	<b>48</b>
<b>6. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>54</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

La legitimación de la pena orientada a sus consecuencias, fines o efectos beneficiosos en la sociedad -teorías consecuencialistas de la pena, en contraposición a las teorías absolutas que se pueden definir como principialistas- viene dominando el debate doctrinal desde mediados del siglo XX. Esto se debe probablemente a las dificultades del retribucionismo en su empresa de sostener una teoría que no pase por entender el fenómeno punitivo como lo que esencialmente es: «una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres»<sup>1</sup>.

Lejos de ser un mero proceso metafísico, la pena ha pasado a concebirse como un mal irremediable principalmente por la necesidad de garantizar la subsistencia del orden social y los derechos o bienes jurídicos de sus miembros en un «mundo de seres imperfectos». Se entiende que la pena no puede tender sin más a la retribución del delito ya cometido (lo que no excluye que la pena se imponga también porque se ha cometido un delito), sino que debe generar una utilidad social mediante la prevención de los que en el futuro se pudiesen cometer. De este modo, mientras que la pena como retribución se legitima en la idea absoluta de justicia (el delincuente merece ser castigado por sus actos, y ello es así con independencia de las consecuencias que puede tener este castigo en él o en la sociedad), la pena como prevención solo se puede justificar en tanto en cuanto origine consecuencias más beneficiosas que la alternativa de no imponerla (la intervención punitiva del Estado sólo se legitima si con ella se consigue la evitación o, más bien, el mantenimiento de la sociedad en unos niveles razonables de delincuencia) . Dado que las necesidades de prevención y de protección de bienes jurídicos difieren de unas sociedades a otras -y dentro de ellas, según el ámbito temporal-, las teorías de la prevención se suelen conocer también como teorías relativas<sup>2</sup>.

En este trabajo trataré de exponer algunos de los problemas que plantean las tesis monistas de la pena, especialmente las de la prevención general (Apartado 2), y que

---

<sup>1</sup> En tal sentido, vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 1990, pp. 149 y s.

<sup>2</sup> La dicotomía entre teorías absolutas (retribución) y relativas (prevención) puede observarse en numerosas monografías todavía hoy en día, pese a que ambos conceptos surgen en el seno del debate doctrinal producido en el s. XIX. Como apunta SILVA SÁNCHEZ en *Aproximación*, p. 320, tal contraposición es «una simplificación esquemática de posturas que, en la práctica se muestran mucho más complejas y menos unilaterales». Aunque el panorama resultaba – y resulta - mucho más complejo de lo que puede llegar a mostrar esta tradicional distinción, esta reducción monocromática nos facilita en este punto la tarea de identificación y delimitación. Es claro, sin embargo, que ambos sentidos pueden ser comprendidos como no excluyentes y que, por tanto, pueden convergir entre sí.

encuentran en buena medida una solución en las teorías eclécticas o unificadas de la pena (Apartado 3).

Las tesis eclécticas han puesto de manifiesto que la pena es realmente un fenómeno muy complejo y que, si se quiere mantener una teoría coherente, deben tenerse en cuenta las diversas dimensiones del fenómeno punitivo y del hecho punible.

Especialmente me referiré a JAKOBS para abordar la concepción preventivo-comunicativa de la pena que caracteriza su tesis en la última etapa. Esta tesis -y, en general, las sucesivas tesis normativistas de la pena- ha tenido una gran repercusión en el debate doctrinal sobre los fines de la penal en los últimos años al haber trastocado la concepción clásica del delito y la pena.

Por su especial relevancia en el actual debate sobre la pena, he reservado un apartado final (Apartado 4) para abordar el problema de la disuasión. Si bien las dificultades de legitimación axiológica de la prevención general negativa son aceptadas por la mayoría de la doctrina jurídico-penal, no es demasiado evidente que la finalidad de disuasión haya desaparecido por completo del debate sobre los fines de la pena. Incluso las tesis más críticas con la disuasión parecen acabar aceptando que existe algo así como una dimensión fáctica irrenunciable de prevención general negativa.

En este último apartado veremos si es posible seguir defendiendo una tesis preventiva de la pena que renuncie a acoger en su seno la función de prevención general negativa.

## **2. LOS PROBLEMAS DE UNA CONCEPCIÓN EXCLUSIVAMENTE PREVENTIVA DE LA PENA**

El ejercicio reflexivo que aquí se plantea no será especialmente original, al menos en este punto inicial. La discusión en torno a la pena ha sido una constante desde que existe una reflexión acerca del fenómeno punitivo, sean cuáles fueren las perspectivas desde las que éste se contemple<sup>3</sup>. Esto es así porque, según creo poder adelantar aquí -aunque se volverá

---

<sup>3</sup> La contraposición entre las distintas realidades de la pena puede encontrarse ya en Platón. Sin embargo, es en la obra de GROCIO «*De iure belli ac pacis*» (1625) donde por primera vez aparecen claramente delineados, en términos opuestos, los dos posibles sentidos de la pena: se castiga por el delito ya cometido («*poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*») o para prevenir que se cometan delitos en el futuro («*aut ne peccetur*»). Es claro, sin embargo, que ambos sentidos pueden ser comprendidos como no excluyentes y, por tanto, compatibles entre sí.

sobre este aspecto más adelante-, la pena es esencialmente un «mal»<sup>4</sup> institucionalizado que necesita proveerse de razones suficientes que lo legitimen. Este «mal» consiste normalmente en privar de un derecho reconocido a un ciudadano como consecuencia de un comportamiento antecedente que constituye la infracción de una norma jurídico-penal. Si aceptamos la premisa de que afligir -y amenazar<sup>5</sup> con- un dolor a una persona es, *prima facie*, un comportamiento moralmente reprobable (al menos que exista alguna justificación satisfactoria para ello) es razonable afirmar que todo Estado que pretenda imponer este tipo de castigos a sus ciudadanos debe justificarlos, por cuando «suponen la acción del Estado a la hora de ocasionar de manera intencionada un daño»<sup>6</sup>.

La asunción de esta premisa axiológica y la necesidad de proceder a legitimar de algún modo la causación de este mal en que consiste la pena nos conduce a la búsqueda de concepciones racionales a través de las tradicionalmente denominadas «teorías de la pena». Este contexto de legitimación, que se remonta hasta los propios orígenes de la filosofía occidental en la Grecia clásica<sup>7</sup>, ha tenido lugar normalmente por dos vías<sup>8</sup>: por un lado, mediante la idea de que tal «mal» es realmente un «bien» -pues con él se niega el mal del delito y se restaura el Derecho, la justicia-<sup>9</sup>, hasta el extremo contraintuitivo de concebir el castigo como un derecho del infractor<sup>10</sup>; por otro lado, en términos utilitaristas, se concibe la pena como un mal necesario y útil para la generalidad.

Así, según cuál de estos fundamentos sea el que subyace a la pena, se viene comúnmente a señalar la diferencia entre teorías absolutas -la legitimación de la pena es independiente de sus efectos-, que se orientan exclusivamente al pasado, al hecho ya cometido, y teorías

---

<sup>4</sup> Cfr., por ejemplo, en España, PEÑARANDA RAMOS, *Introducción al Derecho Penal*, 2015, p. 257. Para este autor, el mal que se aflige con la pena no es sólo una característica definitoria de ésta («*poena est malum passionis*») sino que forma parte del propósito mismo del castigo, puesto que con él «se expresa o simboliza una grave desaprobación o censura respecto a la conducta infractora».

<sup>5</sup> Vid. NINO, «La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos», en *Doctrina Penal*, enero/marzo 1989, pp. 29-48, pp. 37-38. Según señala este autor, «la pena coarta la autonomía de quienes la sufren y de quinas actúan del modo prescrito para evitarla».

<sup>6</sup> VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2007, p.172.

<sup>7</sup> El pensamiento filosófico de la Grecia clásica cobra especial relevancia en este contexto, porque supuso el primer intento filosófico de abandonar las concepciones trascendentes de carácter místico para conferirle a la pena un sentido consecuencialista orientado a fines.

<sup>8</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, p. 292.

<sup>9</sup> Esta es la concepción de la pena de HEGEL. Con posterioridad, autores como JAKOBS adoptarán una postura similar pero matizada; si bien se acepta que la pena comporta un «mal» empírico, este se concibe como rasgo secundario, ya que la pena se define, esencialmente, por su carácter positivo, como «la manifestación de la vigencia de la norma a costa de un sujeto responsable».

<sup>10</sup> La concepción del ser humano como un ser racional que se comporta y toma sus decisiones de manera voluntaria lleva a HEGEL a afirmar, en el párrafo 100 de sus *Principios de la filosofía del derecho* (1819), que «la lesión que afecta al delincuente no es sólo justa en sí, sino que es un derecho en el delincuente mismo». Es decir, «al considerar que la pena contiene su propio derecho, se honra al delincuente como un ser racional».



relativas -la pena se legitima por sus efectos preventivos-, orientadas al futuro, a evitar que se produzca de nuevo el tipo de hechos para los cuales se establece una pena.

La doctrina se ha movido mayoritariamente entre estas dos corrientes, obteniéndose un elenco de soluciones escalonadas de diversa índole (sólo de manera minoritaria, la necesidad del Derecho penal –y, con ello, la posibilidad de proceder a su legitimación- ha sido puesta en cuestión)<sup>11</sup>. Sin embargo, los inconvenientes de las fundamentaciones retributivas y preventivo-especiales han determinado que, de modo altamente significativo, casi todas las tentativas modernas de fundamentar el recurso estatal a la pena deban contar con el fin preventivo-general, quedando las fundamentaciones retributivas y preventivo-especiales relegadas a una segunda posición<sup>12</sup>.

Sin ánimo de reiterar todas las causas de esta realidad, que cabe estimar de sobras conocidas por el lector, conviene aludir -sin ánimo de exhaustividad- a las más significativas, que son esencialmente dos:

La primera consiste en la superación de la idea de retribución como fundamento básico de la intervención jurídico-penal. La función retributiva del Derecho penal, entendida sobre la base de las teorías absolutas de KANT y de HEGEL<sup>13</sup>, plantea, al menos, dos problemas: 1) el de su fundamentación exclusivamente metafísica del recurso a la pena y 2) el de su incapacidad de sostener un método válido para la concreción penal.

El primero de los referidos problemas ya fue destacado por NINO al señalar que «las teorías absolutas presentan un inconveniente que ha hecho que, en sus términos más estrictos, sólo hayan sido defendidas muy ocasionalmente en la doctrina jurídico-penal. Este inconveniente se resume en la idea, propia de esta concepción y que muy pocos estaríamos dispuestos a compartir, de que la suma de dos males da como resultado un bien»<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Entre otros, el abolicionista GUSTAV RADBRUCH sostiene la necesidad de alcanzar «no un Derecho Penal mejor, sino algo mejor que el Derecho penal». El abolicionismo penal se caracteriza, principalmente, por defender la necesidad adoptar otros mecanismos alternativos de gestión de conflictos menos invasivos.

<sup>12</sup> Cfr., al respecto, MIR PUIG, *Función de la pena*, 1979, pp. 42 y ss.

<sup>13</sup> Según una generalizada opinión, los principales exponentes de la corriente absolutista de la pena son KANT Y HEGEL. Sin embargo, existen destacadas diferencias entre ambos autores. En este texto nos referiremos a algunas de estas diferencias, puesto que, al vincular la retribución al restablecimiento del Derecho, HEGEL sentará las bases de todas las teorías de la retribución jurídica que se han venido formulando desde entonces. Se encarga de resaltar estas diferencias -aunque mediante una lectura de HEGEL afín a su planteamiento-, JAKOBS, *La pena estatal*, 2006, p. 129 y passim.

<sup>14</sup> Citado por PEÑARANDA RAMOS en *Introducción al Derecho Penal*, 2015, p. 265.

En efecto, han sido razones fundamentalmente ideológicas y utilitaristas las que han originado la progresiva superación, por parte de la doctrina mayoritaria, de los planteamientos puramente metafísicos del recurso a la pena. Es una creencia compartida que la concepción penal de la retribución es moralmente inaceptable por intentar justificar el mal de la pena desproveyéndola de todo fin trascendente al mero castigo; se ha abandonado así la creencia de que se debe castigar, en todo caso, a aquél que, debido a una conducta precedente, merece el castigo, con independencia de cualquier consecuencia ulterior, favorable o desfavorable, que ello pueda tener para él o para la generalidad.

Se alega -entre otras cosas- que, al rechazar toda referencia final o utilitarista de la pena<sup>15</sup>, las corrientes retributivas no tienen cabida en un Estado moderno de corte liberal, donde el recurso a «la amarga necesidad en que consiste la pena» tan solo se considera justificado si éste atiende a razones de utilidad o mayor beneficio para la generalidad. Ya no puede concebirse como legítima una teoría que persiga infligir a una persona -portadora de derechos fundamentales- sufrimiento con el único fin de que sufra. Y esto último no varía cuando se intenta justificar tal sufrimiento como una exigencia de la justicia ante el injusto del autor.

Por otro lado, en lo que se refiere al segundo de los problemas, se alude al hecho de que tal concepción, para poder fundamentar convincentemente el recurso a la pena, requeriría de un método válido para su concreción<sup>16</sup> que el retribucionismo no es capaz de proveer. El retribucionismo -ya se entienda en términos subjetivos (KANT) u objetivos (HEGEL) - es una doctrina que va indisolublemente unida a la idea de proporcionalidad entre delito y pena y, consecuentemente, para que su planteamiento no quede vacío de contenido, debe ofrecer alguna forma de medir la lesividad de la concreta conducta delictiva.

---

<sup>15</sup> Recordemos que, según KANT, a la pena no le corresponde ninguna función que trascienda el mero apriorismo categórico de la realización de la Justicia absoluta. HEGEL, sin embargo, según señala FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 31, se aparta de la idea retributiva de la compensación de la injusticia, otorgándole a la retribución una función jurídico-restaurativa. Este cambio de perspectiva es esencial: la pena justa ya no se impone atendiendo al daño sufrido por la víctima (la ya tantas veces citada «ley del talión»), sino a la lesión social provocada por la conducta de quien ha contradicho la norma jurídico-penal; esto es, se reacciona con la pena para restablecer, en el plano simbólico-comunicativo, la vigencia del Derecho (penal) puesto en cuestión por el infractor (la pena como «la negación de la negación»). En tal sentido, se habla de una teoría objetiva o intersubjetiva de la retribución frente a la fundamentación subjetiva de KANT.

<sup>16</sup> Una versión literal de la ley del talión - «lo mismo que hagas a otro se te hará a ti» -, además de ser extravagante, no parece que pueda encontrar fáciles correspondencias para ciertos tipos de delitos (piénsense, por ejemplo, en el delito de falsedad documental).

HEGEL, que se da cuenta de que difícilmente la ley del talión puede servir en todos los casos como un principio válido de determinación de la pena «justa», sostiene -a diferencia de KANT- que la identidad en la respuesta penal debe entenderse en términos normativos y no puramente fácticos o empíricos. Para este autor, la pena no es una mera réplica fáctica o empírica (mal por mal), sino una réplica normativa; esto es, la esencia de la respuesta jurídico-penal ya no reside en el subjetivo *ius talionis*, sino en su capacidad objetiva y racional de reafirmar la validez del Derecho como orden social racional; el delincuente plantea un orden de cosas (un «proyecto individual» propio) - distinto del preestablecido por el Derecho- que la pena viene a negar (en este sentido, se habla de «la negación de la negación»). Puesto que sólo a través del mensaje normativo -o comunicativo- que incorpora la pena se puede reestablecer el Derecho que el delito pone en cuestión, el recurso a ésta no sólo es legítimo, sino que también es lo más racional. Dejar impune el delito sería tanto como decir que se da por válida la alternativa planteada por el delincuente o, en coherencia con el concepto hegeliano de persona, que se le está negando su dignidad<sup>17</sup>.

Por todo lo anterior, el profesor alemán acaba concluyendo que debe existir una equivalencia valorativa (y no fenomenológica) entre delito y pena. Ello, no cabe duda, tiene una consecuencia ineludible: la pena – para ser justa - no tiene que ser de la misma clase y cantidad que el delito, sino suponer una respuesta suficiente al hecho delictivo<sup>18</sup>.

Si bien este argumento es válido para determinar cuándo -desde una perspectiva retributiva- una pena es o no justa, surge inevitablemente una ulterior cuestión: ¿cómo determinamos la pena (normativamente) suficiente para el delito cometido?

Este problema -que se refiere a la determinación de la pena necesaria- fue abordado solo a medias por el propio HEGEL en el § 101, 214 y 218 de sus *Fundamentos*, donde el autor afirma que «en el caso del delito, en el cual la determinación fundamental es lo infinito del hecho, desaparece con mayor razón lo específico meramente exterior, y la igualdad es la regla básica sólo para lo esencial, para lo que en general se merece el delincuente, pero no para la forma exterior específica de la pena. Solamente según este

---

<sup>17</sup> Precisamente la controvertida afirmación del autor -sostenido posteriormente por el JAKOBS neohegeliano en *Normativización*, 2004, p. 71- de que mediante la pena se honra al delincuente como “ente racional” alude al hecho de que todo ciudadano, por el hecho de ser un ser racional y digno, es capaz de expresar mensajes de validez general. Es por ello por lo que, si se quiere respetar la individualidad y autonomía del infractor, debe imponérsele necesariamente una pena que niegue - en el plano de lo normativo – el orden de cosas que a través de su acción el delincuente propone.

<sup>18</sup> Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 34.

último aspecto, el robo, el hurto, la multa y la pena de prisión son simplemente diferentes; en cuanto a su valor, en cambio, en cuanto a su característica general de ser lesiones, son comparables. Es entonces, como ya se ha señalado, tarea del entendimiento buscar el acercamiento a la igualdad de su valor. Si no se aprehende la conexión existente en sí entre el delito y su aniquilación y por consiguiente el pensamiento del valor y la comparabilidad de ambos según el valor, se puede llegar a ver en una auténtica pena una unión arbitraria de un perjuicio con una acción no permitida». Así, el proceso para la determinación de la cantidad de la pena, según HEGEL, sería algo causal y arbitrario que en última instancia dependería del estado de la sociedad en el momento de imponerla<sup>19</sup>. Es decir, para determinar la pena debe atenderse a la peligrosidad de la acción infractora para la sociedad civil desde el punto de vista de la validez del Derecho.

De este modo la cuestión sobre la pena deja de ser una cuestión de naturaleza conceptual para convertirse en un tema de racionalidad pragmática. La verticalidad desde la que se observa la acción hace que la determinación de la pena no dependa de la afectación a la víctima, sino del peligro de «contagio» que el delito encierra desde el punto de vista jurídico<sup>20</sup>. El hecho de que la concreta configuración de la pena sea circunstancial o «relativa» a las concretas circunstancias histórico-políticas y de las necesidades de cada sociedad civil ha llevado a algunos autores a negar el carácter abstracto de la pena hegeliana, aproximando el modelo de HEGEL al de las teorías relativas.

La teoría de HEGEL, sin embargo, plantea algunos problemas. Tal vez uno de los principales -si no el principal- es la de su concepción absoluta del Estado. HEGEL sostiene una visión ética y omnicomprensiva del Estado y el Derecho que justifica la suficiencia de su teoría retributiva. Como señala HABERMAS<sup>21</sup>, «Hegel, al igual que Aristóteles, está todavía convencido de que la sociedad encuentra su unidad en la vida política y en la organización del Estado». En un Estado así concebido la retribución no necesita proveerse de más razones que la mera culpabilidad del autor para declararse legítima. Tal contexto de legitimación no tiene cabida desde una concepción relativa del

---

<sup>19</sup> En esta línea, FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 40.

<sup>20</sup> Esta concepción alude a la idea de «daño institucional», que de alguna forma es adoptada por las nuevas tendencias comunicativas de la pena para justificar la necesidad del recurso penal. Heredarán la idea de que el delito y la pena son actos comunicativos que tienen un valor simbólico: se trata de expresión de sentido (lesión del Derecho) y respuesta o contestación a esa expresión de sentido (restablecimiento o reafirmación del Derecho).

<sup>21</sup> En *Facticidad y validez*, 1998, p.63.

Estado y el Derecho como la contemporánea, donde las sociedades son abiertas y están escasamente cohesionadas. En tales sociedades, el Derecho y el Estado, lejos de ser un único referente ético, se conciben como meros instrumentos sociales coyunturales.

La segunda razón de la preferencia por la prevención general es el progresivo debilitamiento de la idea de resocialización.

Han sido motivos tanto ideológicos como empíricos los que han motivado la superación de esta finalidad como fundamento básico de la acción penal<sup>22</sup>. Por un lado, se ha puesto en tela de juicio la prevalencia del ideal resocializador sobre argumentos de proporcionalidad e igualdad de trato. Es decir, se han formulado objeciones de carácter moral a la prevención especial por pretender la modificación del esquema de valores del delincuente. La crítica más veces repetida tiene que ver con las dudas que plantea el hecho de que se pueda justificar la imposición de un castigo a una persona sobre la base de una reconfiguración de la conducta del delincuente frente al derecho. La resocialización asume que estos cambios ayudarán a modificar en sentido positivo la percepción de las leyes por parte del que alguna vez las incumplió, pero es altamente discutible que tal injerencia pueda considerarse, en sí misma, legítima desde una perspectiva moral<sup>23</sup>.

Además, también se critica el hecho de que, según la perspectiva resocializadora, cada individuo debe ser tratado de manera distinta, de acuerdo con su situación particular y con independencia del hecho cometido. Este modo de entender la pena va en contra del principio de igualdad y, desde una perspectiva estrictamente jurídica, disgusta a la idea de seguridad jurídica, al menos tal y como se han entendido hasta ahora.

Entorno a la eficacia empírica de la resocialización, se ha criticado seriamente que la resocialización del infractor sea factible bajo condiciones de privación de libertad y, aunque no haya consenso al respecto, algunos estudios empíricos en esta materia demuestran que la crítica está más que justificada.

---

<sup>22</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 2010, p. 323.

<sup>23</sup> Sin embargo, no debe tomarse a la ligera la gran influencia de estas ideas sobre la política criminal en occidente. Casi todos estos países mantienen programas de resocialización generales o específicos y atienden a razones de rehabilitación tanto en el momento de la configuración penal como en fase de ejecución. Tampoco deben desmerecerse las aportaciones de estas corrientes en la humanización y abolición de algunas de las penas más duras.

En definitiva, pues, como sostiene SILVA SÁNCHEZ, «existen dudas sobradamente justificadas acerca de que la pretensión resocializadora pueda, por sí sola, legitimar el recurso a la pena por parte del Estado, pues tal pretensión tiene escasa base objetiva y, además, es discutible que sea, en sí misma, legítima»<sup>24</sup>.

Como se ha señalado antes, las dificultades que ofrecen las fundamentaciones retributivas y resocializadoras en orden a la legitimación del *ius puniendi* parece que han sido determinantes para romper la baraja en favor de una la fundamentación preventivo-general. Ésta, desde que se sustituyó parcialmente el «*quia peccatum est*» por el «*ne peccetur*» en el pensamiento penal sobre los fines de la pena, ocupa un papel central en el debate en torno a la justificación penal.

La prevención general tampoco se muestra, no obstante, exenta de problemas. A este respecto, puede señalarse el hecho de que una visión pura de legitimación de la intervención penal basada exclusivamente en motivos de utilidad no puede superar, por sí sola, la tantas veces reiterada objeción de que tal concepción de la pena hace posible la instrumentalización del individuo para la consecución de fines trascendentes a él. Tal concepción no sólo vulneraría algunos de los principios más básicos del pensamiento liberal, sino que, *a fortiori*, amenaza algunas de las garantías jurídicas más importantes del sistema de derecho penal moderno. Éste es, en último término, un problema de justificación o de legitimación *axiológica de la pena*.

Por otro lado, la función «general» de la pena, entendida sobre la base de una teoría que persigue efectos generales mediante la intervención penal, tiene dificultades a la hora de dar respuesta a la cuestión de si la pena estatal tiene, efectivamente, dichos efectos. Éste es un problema de explicación o de legitimación empírica de la pena.

De este modo, pues, los problemas de legitimación de la pena entendida como prevención general son esencialmente dos: el que se refiere a su justificación, y el relativo a su explicación. A continuación, me ocupare de ambos.

---

<sup>24</sup> SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 2010, p. 323.

## 2.1. Problemas de justificación

La cuestión relativa a los «fines de la pena» es relevante porque en ella lo que realmente se dilucida es la justificación valorativa de su propia existencia. Es en el contexto histórico de la Ilustración donde el aspecto valorativo de la pena toma relevancia y donde puede ubicarse la consagración del utilitarismo como teoría fundamentadora de la justificación moral de la pena<sup>25</sup>. Como se ha señalado anteriormente, el utilitarismo, a diferencia del retribucionismo, dirige su mirada al futuro teniendo como principal objetivo el logro de la felicidad general de la sociedad. Así, desde este punto de vista, la pena es legítima si es eficaz, si es necesaria y si, además, puede verse realmente como un mal menor<sup>26</sup>; esto es, si con el mal de la pena se evita un mal todavía mayor.

Aunque con ciertos altibajos, el utilitarismo, en su vertiente preventivo-general, ha venido dominando todo el desarrollo teórico del derecho penal moderno. Sin embargo, los partidarios de esta concepción de la pena no lo han tenido fácil para conformar una única teoría justificadora y esto ha provocado que sus proposiciones siempre se hayan visto matizadas de algún modo<sup>27</sup>.

Parece que algunos de los principales problemas en el marco de la prevención general – y que han sido causa de su pérdida de autonomía- los hallamos en su modo de justificar el recurso penal. Se dice que una versión pura de la legitimación basada exclusivamente en motivos de utilidad es incompatible con una tesis liberal de la sociedad civil. Esto es así porque una tesis liberal se niega a aceptar la premisa de que lo único que se necesita para legitimar la intervención punitiva del Estado es que con la pena se logre la evitación de los delitos y las reacciones informales desencadenadas frente a aquéllos en el seno de la sociedad. Es decir, se niega a aceptar como único fundamento legitimador de la

---

<sup>25</sup> Debe recordarse aquí lo señalado respecto de HEGEL sobre el hecho de que incluso respecto a algunas de las figuras más representativas de las teorías absolutas (si se deja aparte a KANT) y tradicionalmente calificados como retribucionistas conciben la pena como una institución provista de fines sociales. Destaca este hecho SILVA SÁNCHEZ en *Aproximación*, 2010, p. 329, cuando señala -aludiendo la idea de prevención integradora de JAKOBS- que «desde el momento en que la pena retributiva no aparece justificada por sí misma de modo absoluto, sino por los efectos psicosociales que pueda producir, ya no podrá hablarse de retribución en sentido estricto, sino, como máximo, de prevención a través de la retribución». De este modo, la retribución pierde toda referencia a valores absolutos y pasa a ser usada con fines que dependen de las necesidades preventivas de cada momento histórico.

<sup>26</sup> Cfr. al respecto NINO, 1980, *Introducción*, p. 428 y *passim*.

<sup>27</sup> Vid. apartado 3.

intervención penal el hecho de que las alternativas a la pena estatal constituyan un mal mayor que la propia existencia de esta<sup>28</sup>.

El Derecho penal moderno, además de prevenir futuras conductas delictivas, también debe mantener la violencia estatal a unos niveles aceptables. Es por ello por lo que, además de la tantas veces repetida crítica sobre el uso e instrumentalización del individuo para la consecución de fines trascendentes a éste, se alude al hecho de que la tesis pura de la prevención pierde de vista un aspecto esencial del Derecho penal: su función de garantía (material y formal)<sup>29</sup>. El Derecho penal, «*que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado*»<sup>30</sup>. Esta reducción, debe tener lugar sobre la base de dos principios: el de intervención mínima y los garantísticos individuales.

En definitiva, el cumplimiento del fin de prevención, si bien se considera una *conditio sine qua non* de toda intervención penal legítima, no es condición suficiente. Resalta acertadamente este aspecto SILVA SÁNCHEZ<sup>31</sup> al señalar que «*lo propio, lo característico del Derecho penal moderno no se halla en lo “penal”, en lo punitivo. Su especificidad se encuentra en cambio, en ser “Derecho”, en la justificación del fenómeno punitivo, en su sometimiento al cumplimiento de una serie de fines trascendentes a lo punitivo y de contenido garantístico*». Una versión puramente utilitarista de la pena, en su versión preventivo-general, desatiende y colisiona completamente con esta dimensión garantística del *ius puniendi*.

La colisión dialéctica entre el aspecto “punitivo” y el aspecto “jurídico” del Derecho penal moderno se manifiesta de este modo en un conflicto de fines: preventivo, por un lado, garantístico por el otro. Esto, lejos de suponer un inconveniente, ha sido el principal motor de evolución del Derecho penal surgido de la Ilustración, de modo que la

---

<sup>28</sup> Para poder afirmar esto debe demostrarse que efectivamente es así. La cuestión relativa a la idoneidad y eficacia de la pena estatal para cumplir el fin de prevención será abordada en el apartado 2.2 de este estudio.

<sup>29</sup> Estas críticas han sido mayoritariamente canalizadas por las denominadas corrientes neoretributivas. Pero, en realidad, estas teorías más bien parecen apuntar tan sólo hacia una recuperación de las aportaciones básicas del retribucionismo clásico: el rechazo a toda instrumentalización del ciudadano y las exigencias de proporcionalidad e igualdad de trato.

<sup>30</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, p. 340.

<sup>31</sup> Id., p. 339. Este autor sostiene -en una posición que comparto- una concepción omnicomprensiva del garantismo penal. Los aspectos garantísticos del Derecho penal inciden directamente en la justificación del Derecho penal moderno y, de este modo, éste debe atender a las funciones garantísticas desde el primer momento en que tiene lugar su intervención; esto es, en el de la selección de objetos de protección jurídico-penal y la conminación penal.



hegemonía del garantismo como antítesis al aspecto punitivo del Derecho penal se traduce en que cada vez son más los ámbitos en los que las exigencias de prevención claudican ante los principios limitadores del *ius puniendi*: subsidiariedad, proporcionalidad, resocialización, humanidad; en suma, la predisposición hacia el garantismo es -y debe ser- fuerte, y ello pese a la tendencia expansiva de algunos Códigos penales con una fuerte carga preventiva<sup>32</sup>.

Al mismo tiempo, y aumentando el espectro de nuestro enfoque, esta discusión también ha tenido una indudable trascendencia a la hora de decidir cuáles deben ser los fines del Derecho penal. Dada la tensión existente entre los fines garantísticos y los fines tradicionales del *ius puniendi*, - fines, en principio, opuestos o bilaterales- se ha tenido que decidir cuál de ellos (o, si se prefiere, qué grado de cada uno de ellos), y en qué términos, debe prevalecer y, por tanto, «a cuál de ellos se habrá de orientar la elaboración categorial del sistema dogmático del Derecho penal»<sup>33</sup>. La elaboración de las categorías del Derecho penal no debe orientarse únicamente a los fines de la pena, relegando los fines garantísticos a la categoría de «meros “límites” de la fundamentación preventiva»<sup>34</sup>, sino que estos deben considerarse fines en sí mismos. Esto es así porque cuando se afirma que el fin del Derecho penal coincide con el de sus consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad) se está obviando un tercer «output» del sistema del Derecho penal: la libertad como bien jurídico que ha de tenerse siempre presente. Dicho de otro modo, las consecuencias jurídicas, dada su naturaleza, pueden dar cuenta de la finalidad preventiva, pero nada aportan acerca de la vertiente garantística del Derecho penal como instancia formalizada.

Esto nos demuestra, en definitiva, que toda teoría que pretenda atender al auténtico complejo de fines que ha de cumplir la pena para estar justificada, tiene que reparar, necesariamente, en los fines que ha de desempeñar el Derecho penal como conjunto de normas jurídicas. Es, pues, en el grado de asimilación de dichos fines en donde debe

---

<sup>32</sup> Hace hincapié en este aspecto HASSEMER, *Prevención en el Derecho Penal, Poder y Control*, nº0, 1986, pp. 93-117.

<sup>33</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, pp. 311 y 312. Destaca este autor que la dogmática en torno a los fines de la pena y del Derecho penal, lejos de ser un mero proceso metafísico, especulativo, filosófico o de teoría de la sociedad, adquiere una eminente trascendencia práctica que, si se adopta un método teleológico-funcionalista en la elaboración de las categorías dogmáticas y del propio sistema de la teoría del delito con todo su aparato conceptual, repercute directamente en la resolución de los supuestos penales, a través de su integración en el sistema de la teoría del delito.

<sup>34</sup> *Ibíd.*

comprobarse si un determinado sistema jurídico-penal -y no sólo la pena- es (en el plano del deber ser) legítimo.

## 2.2. Problemas de explicación

En las consideraciones que se acaban de efectuar el lector se habrá percatado de que la discusión sobre la justificación del fin de la pena se analiza con un enfoque peculiar.

En primer lugar, se ha examinado la problemática sobre la eficacia legitimadora de la prevención general en el plano axiológico sin hacer alusión a ninguna de las tradicionales construcciones que se pueden englobar bajo esta denominación: prevención general positiva y prevención general negativa. En efecto, estas teorías preventivas son teorías político-criminales que comparten una determinada estrategia o referencia teleológica: su justificación parte de que, con la pena, el Estado es capaz de influir en las conciencias y en los comportamientos individuales de los ciudadanos (los denominados «efectos sociales de la pena») para prevenir futuros delitos y, así, conseguir proteger los derechos individuales de los ciudadanos, generando un mayor estado de felicidad general. Lo que diferenciaría ambos modelos preventivos es el modo de teorizar esa influencia.

Al examinar la prevención general desde la perspectiva de su fundamentación axiológica creo que esta distinción, aunque, como se verá, es relevante, nada aporta o añade al debate sobre si el fin de prevención por sí sólo es suficiente para que la incidencia de la pena en el individuo quede justificada<sup>35</sup>. En último término, la *ratio* de su justificación es la misma: la instrumentalización de la pena como mal menor que, por sus efectos sociales (ya se entiendan estos como de prevención general negativa o de prevención general positiva), se traduce en una mayor felicidad general. La cuestión relativa a cómo deban lograrse esos efectos o sobre cómo debe entenderse que la pena puede influir en las conciencias de la generalidad es algo que, si bien es relevante como criterio de legitimación, debe ser abordado en un nivel ulterior y juntamente con los problemas de explicación, pues está claro que, aunque en Derecho un hecho no sea por sí sólo el que

---

<sup>35</sup> No debe confundirse el lector. Aquí no se está defendiendo – como parecen postular otros autores - una teoría que asimile justificación con efectividad empírica. El hecho de que la pena cumpla en el plano fáctico con los fines que se le asigna no basta para dotarla de legitimidad penal en el plano del «deber ser». Lo que aquí se pretende es hacer notar que una teoría integral del *ius puniendi* debe atender, necesariamente, tanto a criterios de legitimidad empírica como a criterios de justificación moral. Lo segundo sin lo primero es retórica. Lo primero sin lo segundo no es Derecho.

hace verdadera una proposición<sup>36</sup>, una proposición sin un hecho que la constata no es más que pura retórica.

En segundo lugar, y relacionándolo con lo anterior, la perspectiva del «deber ser» no es la única desde la que puede analizarse la pena entendida como prevención general. El problema de los fines de la prevención general también puede analizarse a nivel del «ser», esto es, desde la perspectiva de la eficacia como criterio de legitimación empírica de la fundamentación preventivo-general de la pena<sup>37</sup>. Las ciencias sociales (psicológica, economía, sociología, etc.), han aportado un elemento de confrontación de las conclusiones que las diversas teorías de la prevención general han sugerido en el plano del «deber ser» y, consecuentemente, el análisis empírico de las funciones de la pena constituye un elemento esencial para la crítica de una eventual discordancia. Es en este punto donde se torna especialmente relevante la distinción entre teorías de la prevención general positiva o integradora y teorías de la prevención general negativa o intimidatoria, puesto que ambas sostienen fundamentaciones similares en lo preventivo pero opuestas en función de cuáles se entiendan que deban ser los efectos sociales buscados con la pena. Por todo ello, se ha tenido a bien analizar los problemas relativos a la legitimación axiológica y empírica de ambas corrientes doctrinales conjuntamente.

---

<sup>36</sup> Defiende una justificación de la pena que no se distingue en mucho de una explicación de su «funcionamiento», por ejemplo, RODRIGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal*, 2016, pp. 190 y ss. Hay que estar con HORCAJO cuando afirma que el deber ser de la pena no puede separarse completamente del ser y que la construcción de una teoría abstracta que quede por encima del funcionamiento real de la pena desatiende una parte esencial de la institución penal. Sin embargo, creo que una visión fundamentalmente consecuencialista de la pena como la sostenida por HORCAJO no responde convincentemente al problema de su legitimidad. Como he intentado ilustrar en el primer apartado de este trabajo, la respuesta punitiva del Estado supone una injerencia de tal calibre en las vidas de los individuos que éste necesita dotarse de razones más fuertes que las propias de los argumentos utilitaristas. Es conveniente reiterar aquí que lo que precisamente define al Derecho penal, y que lo diferencia de otros mecanismos de control social, es su naturaleza formal-garantística. En este sentido -y sólo en este-, creo que sigue existiendo -y debe existir- una frontera clara entre explicación y justificación de la pena (no basta -sólo- con decirle al autor que se le va a infringir dolor para que los demás no sufran en un futuro -asumiendo, claro está, que esto sea efectivamente así-, sino que además debe proporcionársele un fuerte argumento adicional que legitime -y no sólo limite- normativamente tal intromisión).

<sup>37</sup> En un sentido similar, FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1989, p. 317-319.

**a) Las dificultades de legitimación y explicación de la función intimidatoria o disuasiva de la pena.**

La atribución de una función intimidatoria a la pena, entendida sobre la base de la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH o de la disuasión de BENTHAM<sup>38</sup>, plantea esencialmente dos problemas: 1) el de la legitimación axiológica como mecanismo para la prevención de delitos y 2) el de la explicación de la eficacia de dicho mecanismo.

El primero de los referidos problemas lo sintetiza muy bien la conocida expresión de HEGEL cuando señala que «*la fundamentación de la pena de este modo lo equipara al acto de levantar el palo frente a un perro, con lo que el hombre no es tratado según su honor y libertad, sino precisamente como un perro*»<sup>39</sup>. En efecto, se tiende a objetar tradicionalmente que afligir temor permanente a través de la conminación penal -y la posterior imposición- es incompatible con la eficacia impeditiva del principio de dignidad individual. La prevención general negativa, se dice, parte de una visión reduccionista del ciudadano como potencial delincuente movido por pasiones, egoísmos y cálculos racionales, lo cual inclina la acción del estado hacia la búsqueda de penas enfocadas a prevenir la lesión de derechos de terceros a través de esas conductas, obviando, en muchos casos, que el ciudadano también es titular de esos mismos derechos.

En segundo lugar, también se levantan voces que advierten de las dificultades de esta doctrina para respetar la proporcionalidad que exige el ordenamiento jurídico-penal entre lesividad y respuesta penal. La proporcionalidad es un principio jurídico-penal básico además de una garantía esencial del sujeto delincuente. Ésta implica que a los delitos más graves se les atribuya las penas más graves y a los más leves penas inferiores. Sin embargo, la racionalidad de esta forma de prevención podría conducir a castigar gravemente a un sujeto por unos hechos delictivos que, contemplados en su dimensión

---

<sup>38</sup> El movimiento del análisis económico del Derecho sostiene una concepción preventivo-general negativa de la pena muy vinculada a la de BENTHAM que ha tenido gran repercusión en las últimas décadas, también en materia penal. Como señala SILVA SÁNCHEZ en *Eficiencia y Derecho Penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Políticas, 1996, pp. 98 y ss., «el análisis económico del Derecho Penal sostiene que los destinatarios de éste son sujetos racionales que, también en su actuación delictiva, obran siguiendo consideraciones de eficiencia, esto es, calculando los costes y beneficios que cada acción les reporta». Así, esta concepción racionalista del delito y de la disuasión penal toma la imagen de un *homo economius* que basa sus decisiones delictivas en base a los costes y beneficios de su acción. Son, en definitiva, «factores situacionales, o de confluencia de motivaciones favorables y contrarias, los que dan lugar o no a la comisión de un hecho delictivo»

<sup>39</sup> HEGEL, Apéndice al § 99 de sus *Fundamentos de la teoría del derecho* (1821).

social, hayan causado un daño irrelevante. Así, sentado que la doctrina de la intimidación responde a una visión utilitarista de la pena, se plantean, al igual que sucede con todas las corrientes punitivas de esta concepción *iusfilosofica*, dudas acerca de su legitimidad<sup>40</sup>.

Esto, como se verá más adelante, ha llevado a algunos autores a la conclusión de que la prevención general negativa como teoría de la pena sólo puede ser legítima -desde una perspectiva axiológica- cuando su finalidad instrumentalizadora se encorseta bajo los límites del garantismo penal a través de una teoría mixta o dual de la pena<sup>41</sup>. Lo que, en mi opinión, es tanto como afirmar que, aunque sean indeseables por incompatibles con otros fines generales del Derecho penal, los efectos de coacción psicológica de la pena son necesarios, puesto que si se dejase de hacer referencia al aspecto intimidatorio de la pena se estaría negando una parte de su realidad por todos constatable.

Sin embargo, esta confusión entre los dos posibles planos de fundamentación de la pena -el axiológico y el empírico- genera, a su vez, el riesgo de degradar los fines garantísticos a la categoría de meros límites a la función preventiva o de principios de imposición de la pena en el caso concreto. En definitiva, es muy discutible que para explicar el hecho de que el Derecho penal disuade en términos generales lo más adecuado sea asignarle a la intimidación una función principal o prominente en la fundamentación del recurso penal.

La otra faceta de la problemática en torno a la teoría de la intimidación general es la que se refiere a la idoneidad empírica de sus fines. Efectivamente, para que el dolor penal pueda legitimarse por el fin de prevención general negativa, sería necesario poder demostrar su eficacia general, esto es, que la pena, a través de la disuasión general, consigue neutralizar o atenuar las tendencias delictivas de todos los ciudadanos -y no sólo un cierto grado de disuasión esporádica y contingente-.

Como ya se ha apuntado anteriormente, es un hecho constatable que la ley penal disuade o desincentiva la realización de los comportamientos (u omisiones) que en ella se tipifican, gravando con consecuencias negativas o «costes» a quien incurra en la conducta inadecuada que se trata de prevenir. Es incluso innegable que una teoría de la pena, así entendida, presenta algunas ventajas explicativas frente a las concepciones retributivas o meramente metafísicas de la pena, pues algunos de sus efectos primarios son inmediatamente constatables a través de los sentidos. Es muy discutible, sin embargo,

---

<sup>40</sup> Vid., en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 86.

<sup>41</sup> SILVA SSÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, p. 348.

que quien actúa lo haga siempre basando sus decisiones en un cálculo racional de las consecuencias, beneficios y costes de su acción.

Desde esta perspectiva se ha sostenido que muchos delitos no se basan en motivos racionales -en sentido económico- y que, por tanto, la capacidad de prevención de la pena no iría asociada a un mayor grado de intimidación. Quien se abstiene de cometer este tipo de delitos no lo hace porque la pena les «intimide», sino por otras razones. Es más, se advierte incluso que «en aquellos delitos donde el delito se basaría, efectivamente, en ese tipo de cálculo racional, el factor disuasorio más importante no es el de la magnitud del castigo, sino el de la probabilidad de su efectiva imposición»<sup>42</sup>.

En este sentido, la respuesta de las ciencias sociales ha sido contundente y ha puesto en tela de juicio la idoneidad de la prevención general negativa como estrategia legítima de prevención general desde un punto de vista empírico. Estas ciencias, a través de sus estudios empíricos, han cuestionado el propio fundamento empírico de la prevención general negativa al demostrar que, efectivamente, para ciertos tipos de delitos, la intimidación no jugaría un papel relevante<sup>43</sup>. Estos resultados empíricos tampoco permitirían constatar una influencia indirecta de la conminación penal en la toma de decisiones de la mayoría de los sujetos a los que se dirige (vid. apartado 4).

La eficacia de la prevención general negativa, en la medida en que busca una influencia psicológica en comportamientos concretos, depende exclusivamente de la percepción subjetiva que el delincuente tenga sobre el riesgo de que su acción sea detectada, y no de la amenaza real de detección. Sin embargo, lo cierto es que el ciudadano promedio, a lo sumo, conoce la antijuridicidad del hecho, pero, salvo en el caso de los delitos más mediáticos, desconoce la pena -y, por tanto, el coste - que se corresponde con los diversos delitos, siquiera de forma aproximada. Además, se sostiene que el desconocimiento general también alcanzaría a otros aspectos del sistema de Derecho penal que también serían relevantes para un correcto cálculo racional de costes; como, por ejemplo, el funcionamiento del sistema penal y el *modus operandi* de la persecución delictiva.

---

<sup>42</sup> PEÑARANDA RAMOS, *Introducción*, 2015, p. 270. En este sentido, también, VILAJOSANA, *Identificación y justificación del Derecho*, 2008, p. 178., al señalar que «la dureza o severidad del castigo es solo uno de los factores que intervienen en la posible disuasión del delito. Otros factores serían la certeza del castigo y la celeridad en la aplicación de la pena». También SILVA SÁNCHEZ en *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, p. 43: «los tres elementos básicos del cálculo disuasorio son la gravedad de la sanción y la probabilidad y la rapidez de su imposición».

<sup>43</sup> Para un mayor detalle, véase FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 92 y ss.

Esto, según los críticos con este modelo de prevención, vendría a demostrar que el modelo preventivo basado en una estrategia intimidatoria es empíricamente insostenible. El mensaje punitivo llega disminuido o distorsionado a su receptor y el potencial delincente, por tanto, carecería de toda la información necesaria para que pudiera adecuar su comportamiento conforme a un cálculo real de costes y tomar una decisión que se adecue a esta realidad.

Cabe decir, sin embargo, que estas son críticas que afectarían a cualquier teoría de la prevención basada en un modelo economicista del comportamiento humano o *homo oeconomicus*. En efecto, los conocimientos modernos neuropsicológicos y neuroeconómicos sobre el comportamiento humano han demostrado que las decisiones humanas son procedimientos muy complejos en los que «se entrecruzan factores no sólo cognitivos, sino también emocionales y de personalidad, conscientes e inconscientes, y obedecen a procesos a largo plazo a los que la figura ideal del *homo oeconomicus* no hace justicia ni sirve como modelo aproximativo de explicación». El modelo teórico de la elección racional (en el que el delincuente tendería a delinquir cuando los costes del delito resulten menores que los de su omisión) se centra en indagar la importancia de los costes y beneficios materiales o inmateriales de la pena relegando a un segundo plano otros aspectos que inciden en la decisión delictiva -como los motivos éticos, emocionales o situacionales- y que deben ser tenidos en cuenta si se quiere construir un teoría general y omnicomprendensiva de la pena.

Por otro lado, otro déficit empírico de la doctrina de la prevención general negativa sería el que hace referencia a la constatación de su efecto supraindividual. Diversos estudios criminológicos parecen demostrar que no existe una relación entre la magnitud de las penas y la evolución de las cifras de delincuencia que justifique -en el plano fáctico- una estrategia disuasoria como la que esta doctrina postula. Esto es, se constata que un agravamiento general de las penas no tiene efectos en la disminución de las cifras de delincuencia.

En definitiva, lo que ya en el plano jurídico es más que discutible, se torna en el plano empírico insostenible<sup>44</sup>. Y ello vendría a constatar la crítica que más arriba se reseñaba:

---

<sup>44</sup> Se muestra crítico con esta idea RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal*, 2016, pp. 226 y ss.

la estrategia disuasoria carece de efectos generales y empíricamente constatables que permitan su legitimación empírica como tesis preventivo-general.

La conclusión que cabe deducir de todo lo anterior es que, si bien ello no nos permite concluir que las necesidades preventivo-generales que satisface la pena son renunciables, todo apunta a que la prevención negativa o disuasoria es una estrategia empíricamente poco eficiente. Ello, si tenemos en cuenta que los costes que exige la violencia estatal en términos de lesiones de derechos fundamentales son elevados (piénsese en la más restrictiva pena privativa de libertad), debe llevarnos a la conclusión de que la pena como prevención general negativa es cuestionable desde el punto de vista constitucional por inidónea. Como acertadamente sostiene FEIJOO SÁNCHEZ, citando la conocida SSTC 14/2003, de 28 de enero, «el Derecho constitucional exige una relación entre legitimidad y efectividad de tal manera que un instrumento inefectivo o, en su caso, ineficiente teniendo en cuenta sus costes en términos de derechos pierde su legitimidad»<sup>45</sup>.

#### **b) Un cambio de enfoque no exento de problemas: la prevención general socialmente integradora**

Los partidarios de la prevención general positiva han aprovechado los déficits empíricos y jurídicos de la prevención general negativa para reforzar sus posiciones. De este modo, se sostiene que lo desacertado de la estrategia disuasoria no se halla en su defensa de una estrategia preventivo-general de la pena, pues esta es necesaria además de irrenunciable, sino en el hecho de que, al dirigir la atención de los efectos de la pena en su influencia sobre conductas individuales, el modelo de la coacción psicológica es incapaz de lograr tal fin. Sería, en este sentido, innegable que la existencia del Derecho penal como instancia eficaz de control social debe servir para evitar una mayor comisión de hechos delictivos -esto es, tiene como fin prevenir la infracción de normas jurídico-penales-.

No es tan claro, sin embargo, que la mejor estrategia a tal fin sea la prevención negativa o intimidatoria (una estrategia micro o centrada en el efecto psicológico individual de la pena). La solución adecuada -se sostiene- pasa necesariamente por un cambio de enfoque: de una perspectiva centrada en la influencia de las penas concretas en las conductas

---

<sup>45</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 92.



individuales -entiéndase, desde una concepción disuasoria de la pena- hacia una perspectiva macro sobre la influencia de la pena en las dinámicas sociales. Esto introduce en el debate sobre la pena, especialmente durante la segunda mitad del siglo XX, una nueva concepción que, con independencia de su efecto psicológico individual o disuasorio, entiende que la legitimidad jurídica y empírica de la pena se halla en sus efectos de psicología social o integradores.

La doctrina de la prevención general positiva, entendida ésta como prevención socialmente integradora, sostendrá, en esencia, que los destinatarios del mensaje comunicativo de la pena ya no son exclusivamente delincuentes potenciales<sup>46</sup> o sujetos racionales que, motivados por un móvil egoísta, se inclinan hacia la infracción de normas jurídico-penales, sino la sociedad en su conjunto<sup>47</sup>. Así, a diferencia de las doctrinas preventivo-negativas, las teorías de la prevención general positiva prescinden de la discutida hipótesis del autor-racional conforme a la cual el ser humano tiene una propensión innata al delito que debe ser neutralizada a través de la amenaza penal.

La prevención integradora parte de una concepción diferente del hombre que, desde el punto de vista normativo y moral, genera menos inconvenientes para la legitimación del *ius puniendi* y que puede resumirse del siguiente modo: la estrategia preventiva no puede basarse en la intimidación, puesto que no es ni normativamente ni empíricamente aceptable, y ésta tiene una tendencia innata hacia la agravación de las penas que chocan con el Estado de Derecho, sino que los efectos convenientes del Derecho penal en la sociedad deben basarse en la influencia positiva a largo plazo de las normas sociales<sup>48</sup> sobre la generalidad de ciudadanos que suelen observar el cumplimiento de las normas penales. Esto es, como señala FEIJOO SÁNCHEZ, «ya no se busca la prevención de

---

<sup>46</sup> JAKOBS, *La pena estatal*, 2006, p. 144. Para el autor alemán los destinatarios potenciales de las penas son las personas fieles al Derecho, que representan la mayoría de la población. La pena, en este sentido, tendría como fin conservar la fidelidad al Derecho y la confianza en la norma jurídico-penal.

<sup>47</sup> Bajo el paraguas de la prevención general integradora podemos ubicar una serie de teorías de los más variadas. En profundidad, ALCACER GUIRAO, *ADP 98*, pp. 370, 376 y s., quien distingue entre el fin de integración, el fin ético-social y el fin de protección de la expectativa normativa. También DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, 1999, p. 31, distinguiendo entre: a) la pena de efecto moralizador-estabilizante; b) la defensa del ordenamiento jurídico; c) la prevención de integración; d) los modelos basados en la teoría sistémica; e) los modelos basados en la teoría psicoanalítica; f) la prevención general como complemento altamente formalizado del control social. PEÑARANDA RAMOS, *Introducción*, 2015, p. 273, distingue, en líneas generales, entre a) teorías pedagógico-sociales de la prevención general positiva y b) teorías empírico-sociológicas de la prevención general positiva, cuyo máximo exponente es HASSEMER.

<sup>48</sup> HASSEMER, *Poder y Control nº0*, 1986 p. 105.

delitos negativamente mediante intimidación, sino un cumplimiento generalizado mediante otras estrategias de refuerzo de los procesos de socialización: reforzando o estabilizando la conciencia jurídica/antijurídica o las convicciones valorativas de los ciudadanos, ejercitando la fidelidad al derecho, etc.»<sup>49</sup>.

De este modo, se entiende que a través de una actividad justa del *ius puniendi* -penando cuando hay que penar<sup>50</sup> y en los términos en que debe hacerse- se lograría un efecto integrador o de psicología social a largo plazo. La eficacia preventiva de la pena se consolidaría a través del refuerzo, estímulo o fortalecimiento de la conciencia jurídica general o de la lealtad al Derecho por parte de la mayoría de los ciudadanos que, en general, percibirían el cumplimiento de las normas jurídico-penales como una conducta adecuada o justa<sup>51</sup> -y, en este sentido, el Derecho penal sería un instrumento- para una convivencia ordenada.

Desde un punto de vista político-criminal, se sostiene que esta estrategia plantea la ventaja, frente a la prevención intimidatoria, de permitir una mayor proporcionalidad entre infracción y pena, en la medida en que la inclinación hacia la delincuencia es minoritaria y, por tanto, la pena justa sería sólo aquella estrictamente necesaria para reforzar la confianza de la generalidad en la protección del ordenamiento jurídico-penal y en su fuerza para imponerse «contrafácticamente» a la delincuencia, a pesar de la infracción del delincuente en cuestión.

Si la violación de la norma no es respondida adecuadamente se corre el peligro de que el mantenimiento de esa norma como pauta de comportamiento futuro se vea comprometida, con lo que su vigencia quedaría en entredicho. Ello, no cabe duda, aumentaría el peligro de que, al haber perdido la norma su vigencia, la conducta infractora se reitera en el tiempo y se generalice, generando, en forma de espiral, una correlativa pérdida de confianza de la generalidad en el hecho de que la norma en cuestión se siga cumpliendo regularmente. El castigo penal se caracterizaría por ser una respuesta

---

<sup>49</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 168.

<sup>50</sup> En este sentido, se suele aludir a la idea de que la amenaza -conminación- penal y la posterior imposición en caso de infracción son dos momentos que se integrarían en un todo irrenunciable.

<sup>51</sup> Cft. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, pp. 365 y ss. Este autor cuestiona, citando a WELZEL, *Strafrecht*, 1989, p. 242, la plena autonomía de las tesis preventivo-integradoras, puesto que, según él, surgen fruto de una desnaturalización de las teorías retributivas que, «al dejar de legitimarse apelando a la majestad de la pena absoluta y a la realización de la justicia como valor metafísico, aluden ahora a los efectos sociales positivos de la pena desprovista de toda función»

antitética a la infracción de la norma jurídico-penal dirigida a reafirmar y asegurar -a restablecer- su vigencia y la del ordenamiento jurídico como orden ético<sup>52</sup>.

Estas nuevas corrientes doctrinales, que alcanzan su máxima difusión en la versión que se desarrolla en el *Tratado* de JAKOBS, dan un enfoque novedoso y fortalecido a la idea de prevención general. Al tener en cuenta la dimensión macro de la pena mediante procesos de integración social, se ha logrado contrarrestar algunos de los aspectos defectuosos de la prevención general negativa que hemos mencionado en el apartado anterior.

En primer lugar, como he señalado anteriormente, posibilitan un mayor control de las tendencias agravatorias de la prevención general negativa<sup>53</sup>. Esto es debido al hecho que estas tesis, a diferencia de las segundas, se fundamentan en el refuerzo positivo de los sentimientos de justicia de la generalidad y una visión integradora del Derecho, compensando consideraciones puramente instrumentales.

En segundo lugar, según señala FEIJOO SÁNCHEZ, estas tesis, al tomar en consideración la dimensión supraindividual del hecho delictivo, «refuerzan la idoneidad preventiva de la pena enriqueciendo su capacidad de influencia en aspectos emocionales o afectivos y más a largo plazo»<sup>54</sup>. Asimismo, se sostiene por los partidarios de estas doctrinas que la prevención general integradora es mucho más idónea para acoger en su seno los principios limitadores y garantísticos de la intervención penal, puesto que la pena integradora no tiende al terror penal, sino que la pena que más estabiliza la vigencia de la norma es aquella pena que se considera, *per se*, justa.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> PEÑARANDA RAMOS, *Introducción*, 2015, p. 272.

<sup>53</sup> En este sentido, MIR PUIG, *ADPCP 1986*, pp. 49 y ss. distingue entre concepciones fundamentadoras y limitadoras de la prevención general positiva. Las segundas (sostenidas por ROXIN, HASSEMER y ZIPF, según los interpreta MIR PUIG) se diferenciarían de las primeras (las que aquí se está exponiendo, sostenidas por JAKOBS, KAUFFMAN y WELZEL) por el hecho de que sólo buscan poner límite a los excesos de la prevención general negativa y, con ello, dar respuesta a la intuición general de que dichos excesos de pena fundamentados en razones disuasorias son jurídicamente reprobables.

<sup>54</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 193.

<sup>55</sup> Se muestra crítico con este planteamiento SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, pp. 376 y ss. A su juicio, según creo de manera acertada, «las garantías individuales son tergiversadas por estas tesis, pasando de ser valores con un contenido propio de deber ser, a conformarse con meras constataciones empíricas acerca de las necesidades sociales de un momento dado». Ello se debe a que, según sostiene este autor, para poder lograr esa actitud fiel hacia el Derecho la determinación de la sanción justa se regiría en atención a las demandas de la mayoría en ese sentido, expresivas de sus necesidades psico-sociales, y no en una reflexión racional de principios.

No obstante, lo anterior, una fundamentación de la pena basada exclusivamente en sus efectos positivo-integradores tampoco está exenta de problemas, y estos no han pasado desapercibidos por la crítica jurídico-penal.

Las críticas dirigidas a combatir la legitimidad de estas tesis se postulan, esencialmente, en dos frentes: 1) el de su intervencionismo moral, 2) el de su incapacidad para justificar el mal que conlleva la pena.

Por lo que se refiere al primero de los problemas, se critica el hecho de que la prevención general positiva, al asignarle al Derecho penal la misión de ejercitar a los ciudadanos en la fidelidad al Derecho, de convencerlos de la bondad del sistema jurídico-penal, no respetaría la autonomía moral de los individuos. Con la búsqueda de este tipo de efectos, se impone al ciudadano no sólo un respeto externo a las normas, sino también una actitud interna de adhesión a los valores subyacentes. En este sentido, se considera que esta concepción de la pena es más propia de una doctrina de base social-autoritaria que atribuye al Derecho fines de conformación interna de conciencias, que de un Estado social y democrático de Derecho. En la actualidad, no se considera legítimo un Derecho inclinado hacia la búsqueda la imposición por la fuerza de los valores éticos que las normas jurídicas incorporan, en lugar de limitarse a requerir un respeto externo de éstas<sup>56</sup>.

El segundo de los problemas se refiere a la incapacidad de estas tesis para sostener una concepción de la pena que consiga justificar adecuadamente su concreta ejecución. En tal sentido, es ilustrativa la crítica que MIR PUIG dirigió contra la primera versión de la prevención general positiva sostenida por JAKOBS en su *Tratado* -frente a la posterior fase más retributiva de la su teoría de la pena-. Si, como sostiene el tratadista, la pena cumple una función simbólica de rechazo para confirmar que las expectativas normativas siguen vigentes, la mera manifestación o declaración inequívoca de culpabilidad del autor debería bastar a tal fin, siendo innecesario el mal que representa la pena. «¿Por qué es

---

<sup>56</sup> Esta crítica ha sido tachada de simplista por autores como FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 195 y ss. Este autor sostiene que, «en la actualidad, la prevención general positiva, entendida como prevención integradora propia de un Estado social y democrático de derecho, se refiere a procesos de integración (externos) democráticos relativos a instituciones y normas comunes aprobadas por un proceso democrático vinculados a las características del orden vigente como un sistema pluralista, altamente diferenciado y caracterizado por la libertad ideológica». En este sentido, según este autor, serían las características del sistema político de que se trate las que realmente determinarías si una determinada estrategia preventivo general positiva es legítima o no. Estoy de acuerdo con el autor cuando sostiene que las modernas teorías preventivo-comunicativas consiguen erradicar, en este sentido, el problema de intromisión en el fuero interno de los destinatarios de la norma.

preciso imponer un mal, como la pena, si ésta no busca la intimidación, sino sólo evitar posibles dudas acerca de la vigencia de la norma infringida?»<sup>57</sup> Esta cuestión, a la que me volveré a referir al hablar de las tesis comunicativas, tiene un papel esencial en el actual debate sobre la justificación de la pena.

### **3. LAS SÍNTESIS ECLÉCTICAS: VIRTUDES Y DISFUNCIONALIDADES**

Los problemas y las dificultades para configurar una teoría «pura» de la intervención penal han determinado que en los últimos tiempos el debate en torno a la pena se haya caracterizado por el surgimiento de un gran número de tesis que se conocen como teorías mixtas, eclécticas o de la unión.

Sin ánimo de exhaustividad<sup>58</sup>, las teorías mixtas se oponen a la renuncia de alguno de los principales fines de la pena -retribución y prevención -, constituyendo fundamentaciones que, o bien pivotan sobre uno de los fines a la vez que incorporan el otro como límite a los excesos del primero, o bien se limitan a superponer los diferentes puntos de vista sin establecer un orden claro entre ellos.

Desde otro punto de vista -y a esto me referiré más adelante- también pueden encontrarse otras tesis que han intentado configurar una perspectiva ecléctica distinguiendo entre los diferentes momentos de la operatividad del Derecho penal y asignando a cada momento uno de estos fines<sup>59</sup>.

A lo largo de toda la precedente exposición he intentado subrayar el conflicto entre los diversos fines que se le atribuyen a la pena. Cada tesis defiende la unicidad de su construcción, pero las lógicas de los diversos fines que estas sostienen son sustancialmente contrapuestas. Esto genera una tensión difícil de ponderar y no está nada claro que una teoría que aglutina todas o la mayoría de estas fundamentaciones, tanto deontológicas como consecuencialistas, pueda valorarse como concluyente en el debate sobre las doctrinas legitimadoras del *ius puniendi*. Algunos autores se han mostrado muy críticos con estas tesis<sup>60</sup>, pues alegan que la adición de teorías retributivas y preventivas

---

<sup>57</sup> MIR PUIG, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, ADP 86, p. 57.

<sup>58</sup> Vid., clarificador, ROXIN, *Problemas básicos*, 1976, pp. 19 y ss.

<sup>59</sup> En esta última categoría se encontrarían las tesis de SCHMINDHAUSER (teoría de la diferenciación) y de ROXIN (teoría dialéctica de la unión).

<sup>60</sup> En este sentido, PEÑARANDA RAMOS, *Introducción*, 2015, p. 287. Se muestra también crítico con las teorías de la unión JAKOBS, *La pena estatal*, 2006, pp. 149 y ss. Sin embargo, otros autores como SILVA

tan solo puede dar lugar a una situación de anomia entre fines de la pena y destacan la dificultad para establecer reglas válidas que logren superarla. Como bien señalan HASSEMER/MUÑOZ CONDE, estas tesis, si bien atenúan los efectos indeseables de cada una de las formulaciones individualmente consideradas, no ofrecen una respuesta válida que resuelva de modo conclusivo el problema de la antinomia<sup>61</sup>.

Además, también debe señalarse el hecho de que las tesis eclécticas han venido siendo poco críticas respecto las dificultades de legitimación empírica de las corrientes que las integran. La importancia no es menor, pues se corre el riesgo de que, amparándose en una de estas tesis eclécticas incorrectas, se posibilite un fallo judicial que declare lo incompatible como compatible sin atender a los verdaderos efectos de la pena concreta; esto es, se corre el riesgo de generar «un contexto en el que sea posible justificar cualquier decisión legislativa o judicial»<sup>62</sup>.

Si alguna conclusión puede sacarse de todo ello es que, si bien es cierto que la pena puede cumplir una pluralidad de funciones y producir múltiples efectos, lo que no puede hacer una teoría que se precie legítima -normativa y empíricamente- es colocar todas estas funciones a un mismo nivel de relevancia normativa o valorativa.

En realidad, las teorías eclécticas que han tenido una mayor repercusión son aquellas que, siendo conscientes de estas contradicciones, han querido tener en consideración todas o gran parte de los fines -abiertos y latentes- de la pena, por regla general, en el marco de una función que limita a todas las demás<sup>63</sup>. De este modo, los problemas de indeterminación se resuelven haciendo que la decisión punitiva gire en torno a una tesis preponderante sobre el resto (que actúan a modo de límites). Entre estos límites se hallarían los fines garantísticos del Derecho penal o las exigencias limitadoras de la violencia punitiva del Estado (principio de proporcionalidad, intervención mínima, etc.), que las corrientes eclécticas han rescatado de los postulados retribucionistas.

A continuación, analizaré las que han tenido un mayor impacto en la doctrina jurídico-penal.

---

SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010 p. 444, ven en el conflicto dialéctico entre fines opuestos el motor de la evolución hacia un Derecho penal más garantista. Este autor incluso señala que, según su entendimiento, no le parece posible negar de modo categórico que prevención y proporcionalidad -garantismo- puedan hallarse en conflicto (también, en un sentido parecido, MIR PUIG y OCTAVIO DE TOLEDO).

<sup>61</sup> HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, p. 161.

<sup>62</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 216.

<sup>63</sup> JAKOBS, *La pena estatal*, 2006, p.149, n.149.

### **3.1. La teoría dialéctica de la unión de ROXIN. La prevención limitada por la medida de la culpabilidad del autor**

Tal vez, la concepción ecléctica más difundida hasta la actualidad sea la que, sobre un fundamento preventivo-general, ha dado cabida en su seno a consideraciones garantistas derivadas de las tesis retributivas, así como al principio constitucional de que las penas mantengan una vertiente que posibilite la resocialización del penado<sup>64</sup>. Esta síntesis trataría de emular en el plano jurídico-penal la idea del Estado social y democrático

El máximo exponente de esta corriente de pensamiento es ROXIN. El autor alemán ha construido una de las teorías de la pena más influyentes del pensamiento penal moderno, con una gran repercusión en la doctrina española: la teoría dialéctica de la unión.

ROXIN rechaza la idea de que la pena pueda cumplir un único fin retributivo, pero, sin embargo, toma prestada de estas tesis la exigencia de que la magnitud de la pena se adecúe a la culpabilidad del autor. La teoría dialéctica de la unión tiene, en efecto, una naturaleza prominentemente preventiva<sup>65</sup>, pero, sin otorgarle un carácter fundamentador, incorpora la idea de retribución de tal manera que los defectos expansivos de la prevención se ven neutralizados por la exigencia garantística de culpabilidad.

De este modo, y pese a que, en la legislación actual, por el contrario, se adviertan algunas tendencias contrarias hacia la expansión de la intervención punitiva del Estado<sup>66</sup>, se logra, a través del principio limitador de la culpabilidad, acotar el margen de actuación político-criminal del Estado.

En su Parte General, ROXIN sintetiza su teoría en estos términos: «la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pudiendo quedar por debajo de dicha medida en tanto lo hagan necesario las necesidades preventivo-especiales y a ello no se opongan las exigencias preventivo-generales mínimas». Por tanto, y a modo de contrapeso, la pena no sólo no puede sobrepasar los límites fijados por la culpabilidad del autor, sino que tampoco puede considerarse adecuada si ésta sobrepasa los límites de lo que se considere preventivamente necesario. Pese a las exigencias de la culpabilidad, la pena será en todo caso inadecuada si ésta carece de sentido desde una perspectiva preventivo-especial. En

---

<sup>64</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, p. 326.

<sup>65</sup> Se configura una perspectiva ecléctica de la pena eminentemente preventiva que distingue entre los diferentes momentos de su operatividad (conminación legal, imposición y determinación judicial, ejecución) y asigna a cada momento un fin distinto.

<sup>66</sup> Sobre esto, SILVA SÁNCHEZ en su obra *La expansión del Derecho penal* (2013).

otras palabras, «no se puede castigar nunca más allá de las necesidades preventivas, pero tampoco más allá de la culpabilidad del autor».

En resumen, ROXIN sostiene una teoría de la pena eminentemente orientada a la prevención integradora, donde la culpabilidad desempeña un fin utilitarista de acuerdo con esta finalidad<sup>67</sup>. Así lo destaca SCHÜNEMANN<sup>68</sup> al resaltar que «la teoría de la pena llamada de la unión agregó la tesis de la utilidad político-criminal de la pena por culpabilidad (prevención general mediante retribución justa)». Sin embargo, dejó intacto el contenido del concepto de culpabilidad, de modo tal que éste siguió construyendo el límite infranqueable de la política criminal como núcleo central de la ley penal. Esta situación no fue modificada en lo esencial por la vinculación, requerida por ROXIN, del sistema del Derecho penal con la política criminal y el correspondiente enriquecimiento de la categoría sistemática «culpabilidad» con criterios preventivos. Pues el interés de ROXIN no se ha centrado en seguir disolviendo el principio de culpabilidad reducido a su función de legitimación, sino, justamente al revés, en considerar adicionalmente los presupuestos de la punibilidad en el sistema de Derecho penal, que son exigibles en un Derecho penal preventivo junto a la reprochabilidad, y que están arraigados en la política criminal. Como ha señalado FEIJOO SÁNCHEZ, «ROXIN no se plantea, pues, el fundamento de la pena», como tradicionalmente hicieran otros autores, «sino sus límites intrínsecos».

Independientemente de que este intento de unificar los fines de la pena pueda considerarse más o menos logrado, la síntesis alcanzada por ROXIN es meritoria, pues consigue eludir las objeciones a las teorías absolutas de la pena al asignar al principio de culpabilidad la función político-criminal de delinear la capacidad punitiva del Estado con criterios preventivos. Sin lugar a duda, el poner el principio de culpabilidad al servicio del individuo ha sido una aportación de gran relevancia en la construcción del Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho.

Con todo, el planteamiento de ROXIN ha sufrido algunas objeciones que deben ser tenidas en cuenta. En primer lugar, un sector considerable de la doctrina (entre otros, JAKOBS, JESCHECK, HASSEMER, CEREZO MIR, KAUFMANN y OTTO) destaca acertadamente el hecho de que el principio de culpabilidad, no obstante se le otorgue una

---

<sup>67</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 224.

<sup>68</sup> SCHÜNEMANN, *Temas actuales*, 2002, pp. 118 y s.



función secundaria o de límite, precisa de una fundamentación propia que lo legitime. Si éste carece de legitimidad para ser considerado el fin principal de la pena por razones axiológicas, tampoco puede ofrecer ningún baremo o medida para ejercer una función de límite<sup>69</sup>.

La síntesis de ROXIN defiende que por razones preventivas la pena concreta no puede sobrepasar los límites de la culpabilidad o del justo merecimiento, de tal modo que la retribución o la idea de justicia estarían al servicio de la prevención para conseguir ciertos efectos positivos de psicología social. Sin embargo, ROXIN no ofrece razones normativas que permitan entender una pena como justa o merecida en términos jurídicos. Tal omisión precipitaría en una fundamentación utilitarista o consecuencialista de la culpabilidad que entiende que, cuando las necesidades de prevención especial y prevención general negativa no coinciden con la definición social de lo que se entiende por justo, debe darse preferencia a la segunda con el fin de evitar efectos desintegradores sobre la conciencia jurídica general. Esta fundamentación es disfuncional desde una perspectiva jurídica, puesto que pone la categoría de culpabilidad al servicio de la satisfacción coyuntural de determinadas necesidades psico-sociales de justicia sin ofrecer razones normativas que la calibren y, por tanto, las referencias a la culpabilidad y al merecimiento sólo serían válidas mientras sean funcionales a la prevención general. Siempre se puede dejar de penar una parte del injusto cuando no concurren necesidades preventivo-generales.

De ahí que estos autores acaben concluyendo que la tesis dialéctica de la unión pivota, esencialmente, sobre la prevención general positiva o integradora, ya que ésta no sólo determina los mínimos de lo que es penalmente legítimo, sino también los máximos a través de una culpabilidad entendida como instrumento simbólico de integración social y límite a la intimidación. Al levantar el velo del diálogo de fines se deja entrever una nueva concepción de la prevención general que toma en consideración no sólo los fines instrumentales de la pena, sino también valoraciones ético-sociales basadas en la idea de justo merecimiento. Como destaca, FEIJOO SÁNCHEZ: «ROXIN entiende que sólo la pena justa puede cumplir esta nueva finalidad preventivo-general relacionada con la

---

<sup>69</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 225 y ss. También niega dicha finalidad retributiva a la vez que apela al efecto preventivo de la satisfacción de los deseos retributivos (aunque desde una visión evolutiva de la institución penal) RODRIGUEZ HORCAJO en *Comportamiento humano y pena estatal*, 2016, pp. 201 y ss. Por tanto, también a él puede hacerse extensiva esta crítica.

satisfacción del sentimiento jurídico<sup>70</sup> [...]. La pena limitada por la culpabilidad pasa así a ser un instrumento de prevención general positiva que sirve de límite a los excesos preventivo-instrumentales, básicamente los preventivo-intimidatorios y los preventivo-especiales». ROXIN consigue de este modo relacionar la función de la pena y su teoría del hecho punible. El hecho punible, según este autor, consiste en la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos. Desde esta perspectiva, la función esencial del Derecho penal -y, por consiguiente, de la pena- es la protección de estos bienes jurídicos frente a potenciales conductas infractoras. La mejor forma de proteger estos bienes jurídicos en el momento de la imposición del castigo es la reafirmación de la conciencia jurídica de la sociedad, y ello sólo se consigue a través de una pena adecuada a la culpabilidad del autor que no exceda los límites de lo que se considera constitucionalmente tolerable. Las ventajas político-criminales derivadas de este efecto limitador, especialmente de los excesos de la intimidación, han hecho que esta tesis teológico-valorativa haya tenido una gran acogida entre la doctrina<sup>71</sup>.

En segundo lugar, y relacionándolo con lo anterior, estos autores también apuntan una inconsistencia en la tesis de ROXIN: si bien es coherente que su tesis, como se ha desarrollado arriba, incorpore la prevención especial y la culpabilidad en su papel de categorías limitativas de la prevención, no se alcanza a ver el encaje de la prevención general negativa que caracteriza, según este autor, a la conminación penal abstracta<sup>72</sup>. De este modo, se dice que, a pesar del intento de integrar armónicamente de los diversos fines de la pena a través de una teoría dialéctica, ROXIN no acaba consiguiendo su objetivo integrador -lo cual refuerza, si cabe todavía más, «la tesis de que la concepción

---

<sup>70</sup> Se muestra crítico con la idea de la fuerza preventiva de la pena ajustada a la culpabilidad RODRIGUEZ HORCAJO en *Comportamiento humano y pena estatal*, 2016, pp. 210 y s. Al igual que PÉREZ MANZANO, HORCAJO sostiene que esta hipótesis sólo podría ser cierta si el principio de culpabilidad estuviese arraigado en la sociedad, pero no existe ninguna verificación empírica de ello ni parece que la idea social de culpabilidad coincida con la visión jurídico-penal de la misma. Sin embargo, su tesis evolutiva de los efectos de estabilización cognitiva («la satisfacción de dicho deseo (retributivo) no sería más que una forma de apagar esa alarma (biológica) y devolver al individuo a una situación estable y favorable») tampoco ofrece buenas razones empíricas (y, definitivamente, tampoco normativas) que permitan saber cuándo una pena es justa o merecida en términos jurídicos. Y, aunque se demostrara el efecto preventivo de tal concepto de pena, no parece que la satisfacción de las pulsiones retributivas de la colectividad (por muy naturales que quieran verse) sea la mejor forma de limitar -ni, desde luego, de legitimar- el recurso a la pena por parte del Estado.

<sup>71</sup> Se ha desarrollado en España una línea doctrinal, encabezada por SILVA SÁNCHEZ, que plantea, con gran influencia de ROXIN, soluciones de síntesis que buscan un equilibrio ideal entre prevención y garantismo penal.

<sup>72</sup> Autores como HÖRNLE proponen una solución al entender que la conminación penal abstracta no se orientaría únicamente a la prevención intimidatoria, sino que también tiene otras dimensiones.

de la pena que se encuentra en mejor condiciones para construir una teoría unificada sea la prevención general positiva, pues puede integrar con más facilidad que otras concepciones preventivas la necesidad de justificar la pena también frente al propio infractor»<sup>73</sup>-.

En mi opinión, la atribución a la pena de una función (limitada) de prevención general positiva puede ofrecer, si se configura correctamente, algunas ventajas frente a otras concepciones de la pena de signo exclusivamente disuasivo o preventivo-negativo. Sobre todo, porque concilia mejor con la ineludible exigencia de proporcionalidad y el respeto al principio de culpabilidad como garantía esencial del Derecho penal moderno.

La concepción dialéctica de ROXIN ofrece una respuesta satisfactoria al problema de los excesos de la prevención a través del límite de la culpabilidad. Sin embargo, tal concepción presenta dos inconvenientes:

- 1) En primer lugar, ROXIN le confiere a la prevención general positiva un sentido eminentemente instrumental -empírico- en el momento de la imposición penal, por lo que esta tesis se halla igualmente afectada por la crítica general (apartado 2.1) de que la prevención general positiva somete al actor actual o potencial del delito a un trato incompatible con su dignidad. Como señala PEÑARANDA RAMOS, «la cualidad del autor como un sujeto al que se reconoce autonomía y razón es condición necesaria para poder imponerle una pena: sólo quien de esta forma actúa en contra del Derecho pone efectivamente en cuestión la vigencia de la norma y hace necesaria una reacción punitiva»<sup>74</sup>. Una versión de la prevención general positiva menos instrumental podría ofrecer una mejor respuesta a este inconveniente.
- 2) En segundo lugar, parece que ROXIN se ve obligado a conciliar el fin de prevención general positiva con otros fines (intimidatorio y de prevención especial) de la pena para que su teoría no se vea afectada por la crítica general que reprocha a la prevención integradora una carencia de base empírica que la sustente. Si bien la crítica es fundamentalmente cierta, no lo es menos que la verificabilidad empírica de una teoría de la pena no es *conditio sine qua non* de su corrección en términos jurídicos o de consistencia normativa. Además, aunque me referiré a ello más adelante, me atrevo a señalar ya aquí que es rebatible la

---

<sup>73</sup> PEÑARANDA RAMOS, *Introducción*, 2015, p. 288

<sup>74</sup> *Ibíd.*, p. 275.

afirmación de que los efectos estabilizadores -positivos- de la pena no sean mesurables en términos empíricos<sup>75</sup>.

### **3.2. La tesis funcional mixta o unificada de JAKOBS. Comunicación y prevención general**

Para superar las disfuncionalidades de estas fundamentaciones heterónomo-preventivas de la pena, algunos autores proponen la recuperación parcial del pensamiento de HEGEL a través de las llamadas teorías comunicativas o normativas<sup>76</sup> de la pena. El origen de estas corrientes se halla en una evolución en el pensamiento de JAKOBS<sup>77</sup>. En las páginas precedentes hemos visto como, en su primera propuesta, JAKOBS justificaba la pena por sus efectos positivos de psicología social o integradores. En *Schuld und Prävention* el autor se mostraba partidario de un modelo volcado en exclusiva a la prevención general positiva que asigna al Derecho penal la misión de ejercitar a los ciudadanos en la fidelidad al Derecho. Este modelo fue duramente criticado por amplios sectores doctrinales que -a modo de síntesis- le achacaban su contrariedad a un sistema jurídico democrático que respeta la autonomía moral de sus destinatarios y el ser incapaz de justificar el dolor fáctico que supone la pena.

Pues bien, JAKOBS toma en consideración estas críticas y, en una fase posterior de su pensamiento, construye una teoría que se aparta de los efectos de psicología social y otorga protagonismo a los efectos simbólicos o comunicativos del delito en una línea más hegeliana según la cual la pena se entiende como «tratamiento específico de defraudaciones de expectativas de comportamiento a costa del delincuente». La idea central de esta concepción se presenta de un modo más puro y abstracto que la anterior, sin referencia a concretos efectos de carácter pedagógicos o psico-sociales<sup>78</sup>.

Esta nueva perspectiva se basa en una teoría social sobre la necesidad de estabilización normativa que se aparta profundamente de los significados tradicionales -nautralísticos-

---

<sup>75</sup> La medida de la eficacia de la pena -y, consecuentemente, la de las normas jurídico-penales- no sólo se encuentra en las cifras de delincuencia oficiales sino también en un correcto análisis de los comportamientos cotidianos (p.ej. existe una sensación de seguridad generalizada que permite a los ciudadanos salir a la calle sin temor a que se les robe, con la consecuente mayor afluencia callejera de personas en horario nocturno).

<sup>76</sup> Las teorías comunicativas de la pena se encuentran también conectadas con las concepciones expresivas de la pena del mundo anglosajón, que en general también tienden a interpretarse como tesis neoretributivas. Sin embargo, FEIJOO SÁNCHEZ resalta que existen grandes diferencias entre ambas concepciones en L-H Mir Puig (2017), *La estabilización normativa como fin de la pena. ¿Puro teatro?*

<sup>77</sup> Imprescindible para entender esta evolución en el pensamiento del autor, el prólogo de JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad* (2006), redactado por FEIJOO SÁNCHEZ Y CANCIO MELIÁ.

<sup>78</sup> PEÑARANDA RAMOS, *Introducción*, 2015, p. 274

de norma, delito, pena. El concepto clásico de delito, vinculado al menoscabo o puesta en peligro (descritos típicamente) de un bien jurídico protegido por una ley penal, es sustituido por una nueva racionalidad que parte de que la pena se mueve en un plano simbólico o comunicativo y no puramente instrumental. Se habla de comunicación porque la pena restablece comunicativamente la vigencia de la norma frente al delito que, como acción culpable, sería en esencia defraudación, descrédito o quebrantamiento de la norma y de la expectativa de ésta como elemento estructural del sistema social.

Según JAKOBS, «un quebrantamiento de la norma [...] no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas» y, consecuentemente, «sólo sobre la base de una compensación comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma pueda hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional»<sup>79</sup>. El delito es esencialmente defraudación de expectativas normativas y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas o, en términos jurídicos, reafirmar la vigencia de la norma defraudada.

En este marco de racionalidad funcional, lo que la pena viene a prevenir no es la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos -en términos naturalísticos- como consecuencia de una conducta individualizada, sino los efectos de desestabilización que de ésta se derivan para el sistema social. «Si el delito es básicamente lesión de la vigencia de la norma, lo que previene la pena mediante la contestación al hecho es la erosión del ordenamiento jurídico»<sup>80</sup>.

En definitiva, JAKOBS<sup>81</sup> entiende que:

- a) Las normas son esencialmente expectativas normativas o contrafácticas que configuran la estructura del orden social<sup>82</sup>.
- b) El delito es entendido en un sentido material como defraudación de estas expectativas y no como lesión -o puesta en peligro- de bienes jurídicos.
- c) La pena es la respuesta racional frente a la defraudación para mantener la vigencia de la norma a costa del infractor.

---

<sup>79</sup> JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, p. 11.

<sup>80</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 234.

<sup>81</sup> *Ibíd.*, p. 235.

<sup>82</sup> JAKOBS importa de LUHMANN el concepto de expectativa como elemento estructural del sistema social.

De este modo, junto a la función de estabilización, se asigna a la pena un segundo fin -latente- de naturaleza preventivo-general: el de producir fidelidad en el ordenamiento jurídico, ya no a través de la integración psicológico-individual de los valores que éste integra, sino a través del restablecimiento de la confianza en el seguimiento generalizado de la norma.

Mediante la pena se transmite a la población el mensaje institucional -normativo- de que la defraudación del infractor no es la explicación decisiva del hecho para el sistema social y de que la expectativa normativa sigue siendo válida pese a la existencia de experiencias que contradigan su validez. En definitiva, a través de la pena se asegura -contrafácticamente que expectativa normativa -invariable ante el hecho defraudatorio- y expectativa cognitiva -depende del aprendizaje social- coinciden como garantía jurídica de que la estabilidad de la sociedad permanece inalterada.

La función de la pena quedaría, de este modo, limitada a la reparación del «daño intelectual» producido por el delito en la vigencia real del Derecho como patrón general de orientación en el contacto social<sup>83</sup>. Pero, además, con la marginación del hecho también se logra -indirectamente- direccionar la motivación de los ciudadanos y asegurar el orden y la paz sociales. En palabras del propio autor, resaltando el carácter monista de su concepción: «En su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad permanece inalterada ; la pena es confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa, y con la pena se alcanza este – si se quiere – fin de la pena siempre [...] ahora bien, la función manifiesta de la norma de confirmar la identidad de la sociedad no excluye el aceptar como función latente una dirección de la motivación: la repetida marginalización del hecho y confirmación e la estabilidad social excluye formas de comportamiento delictivas del repertorio de las sugeridas por doquier, cuando no incluso recomendadas; en otras palabras, en la planificación cotidiana normal no se reflexiona en primer lugar acerca de la posibilidad de un proceder delictivo. Ésta es la denominada prevención general positiva como función latente de la pena. A ella también se le puede añadir aún un efecto intimidatorio, es decir, de prevención general negativa y otros más»<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> PEÑARANDA RAMOS, *Introducción*, 2015, p. 274.

<sup>84</sup> JAKOBS, *Normativización*, 2004, pp. 135 y s. En contra de la afirmación de este autor sobre la existencia de una función latente de prevención general negativa, vid. apartado 4.

Del mismo modo que en la tesis de HEGEL<sup>85</sup>, es el infractor quien corre con los costes del mantenimiento de la expectativa con el único límite de la culpabilidad de su hecho; el infractor es una persona, no un mero objeto, y, por tanto, debe ser tratado como tal. Por tanto, esta teoría mantiene lo que ha sido el mérito permanente de las demás teorías retributivas: «la exigencia de que la imposición de la pena encuentre su fundamento en el delito cometido y que guarde proporción con la gravedad de éste y con la responsabilidad de su autor, antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho»<sup>86</sup>. Sin embargo, en la concepción de JAKOBS dicho límite pierde vigencia cuando no se puede garantizar la fidelidad del infractor en el futuro. En este caso, éste pasa a ser considerado un «enemigo».

En este segundo periodo iniciado con *Sociedad, norma y persona* -donde se expone el núcleo esencial de su pensamiento en esta etapa- JAKOBS insiste, pues, en que la pena es esencialmente -«siempre»- confirmación de la identidad de la sociedad o estabilización de la real configuración normativa de la sociedad como contradicción a la propuesta por el infractor -«dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo»-. JAKOBS se desvincula de la idea del fin buscado por la pena y a los efectos de psicología social -incluidos los de prevención general negativa- se los considera latentes, esto es, no legitimantes. Y esto es así porque «el delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado ese defecto al autor como culpa suya. El hecho y la pena, por consiguiente, se encuentran en el mismo plano: el hecho es la negación de la estructura de la sociedad, la pena la marginalización de esa negación, es decir, confirmación de la estructura». «Desde este punto de vista, con la ejecución siempre se ha alcanzado el fin de la pena: queda confirmada la configuración de la sociedad». «La pena tiene pues una función sin que tenga que producir algo psico-socialmente»<sup>87</sup>.

El modelo defendido por JAKOBS en esta segunda etapa fue renovador. El autor alemán logró modernizar las teorías jurídicas retributivas (se ha hablado en este sentido de un

---

<sup>85</sup> Los partidarios de estas tesis sostienen que JAKOBS elabora un concepto funcional de retribución (entendida por éste como contradicción) que, a través de una revisión funcional de la teoría hegeliana de la pena, consigue poner de manifiesto la función social que desempeña la retribución.

<sup>86</sup> PEÑARANDA RAMOS, *Introducción*, 2015, p. 275.

<sup>87</sup> En *PJ* n° 49, 1998, p. 298.

neo-retribucionismo) a través de una teoría simbólica o comunicativa que, pese a su carácter abstracto, incorpora las aportaciones de las ciencias sociales -esencialmente el funcionalismo sistémico de LUHMANN-. Sin embargo, la eliminación de la idea de fin y de la búsqueda de efectos de la pena que propone este modelo ha sido duramente criticada por un sector doctrinal con una vocación más empirista. Se aduce que en esta interpretación sociologista de HEGEL «el antiguo concepto de retribución ha sido simplemente sustituido por el discurso de la reafirmación comunicativa de la norma»<sup>88</sup>, de modo que esta nueva teoría, si bien consigue zafarse parcialmente de los problemas de empíricos del consecuencialismo, no logra superar las objeciones que se planteaban respecto del retribucionismo: «la perspectiva exclusivamente retributiva resulta insuficiente y deja sin resolver por qué la pena en general y las penas concretas en particular son necesarias» y, por otro lado, esta tesis tampoco logra dar respuesta al anteriormente referido problema de la determinación de la pena concreta dentro de un marco abstracto<sup>89</sup>.

Todo ello resalta algunas de «las insuficiencias de una tesis monista de la pena que prácticamente abandona la dimensión preventivo-general del Derecho penal»<sup>90</sup>. Como señala FEIJOO SÁNCHEZ, «la restricción de derechos que representa la pena precisa una referencia a la relevancia comunicativa del delito y de la reacción penal para los ciudadanos de una determinada sociedad que son los destinatarios del mensaje. Sólo tiene sentido imponer penas si el mensaje comunicativo va dirigido a los ciudadanos. Es decir, el mensaje que interesa del delito no es el de ¡No esta sociedad con su orden establecido!, sino la información perturbadora para los ciudadanos de cara a organizar sus relaciones sociales y su vida en el futuro si el delito es tratado como algo cotidiano».

Recientemente JAKOBS ha reformulado su tesis comunicativa para conectarla con la realidad social del fenómeno punitivo. En una tercera fase de su pensamiento, el autor alemán se ha dado cuenta de que su concepción retributiva de la pena como contradicción simbólica -normativa- del delito exigía un nuevo referente -empírico- que incorporara la perspectiva de sus efectos preventivo-generales.

---

<sup>88</sup> Vid. SCHÜNEMANN, *El sistema moderno de Derecho penal*, 1991, p. 116. También se muestra crítico en este sentido ROXIN en *La evolución de la Política criminal*, 2000, pp. 65 y s.

<sup>89</sup> Señala esta carencia en el marco de la determinación de la pena GIL GIL, *L-H Cerezo*, 2002, p. 27.

<sup>90</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 241 y s.



Esta nueva teoría más compleja ha sido calificada como una teoría funcional mixta o de la unión<sup>91</sup> (aunque su autor reniegue de tal calificación<sup>92</sup>). En ella, JAKOBS «se propone salvar un hiato demasiado grande entre significado (confirmación de la vigencia de la norma) y finalidad (seguridad en términos fáctico-naturales)»<sup>93</sup> unificando los aspectos comunicativos de la etapa precedente con elementos fácticos de psicología social que le permiten justificar la necesidad de la pena; esto es, de que no baste con la mera declaración de culpabilidad del autor, siendo además necesaria la efectiva imposición del dolor o sufrimiento penal.

JAKOBS otorga una nueva dimensión fáctica a la pena a través del resurgimiento del fin de prevención positiva en una versión renovada y eminentemente normativista que lo hace compatible con la retribución. Junto con el efecto de contradicción o confirmación de la vigencia de la norma, la pena tiene además un fin preventivo (fin éste que ya no es latente, sino fundamentador): prevenir la erosión de la vigencia de la norma y mantenerla como orientación social de las conductas. En este proceso de enriquecimiento empírico, es central «la idea de que los ciudadanos necesitan seguridad cognitiva y de que toda norma precisa una cimentación cognitiva»<sup>94</sup>. La pena ya no sirve sólo para comunicar en el plano simbólico-verticial que la configuración de las expectativas normativas que ofrece el ordenamiento jurídico es la correcta, sino que, además, la pena concreta, al contradecir el hecho del actor, sirve para consolidar las expectativas cognitivas de las víctimas potenciales de modo que éstas sigan contando con el delito como un evento improbable dentro del contexto social. En este sentido, la pena retribuye porque confirma contrafácticamente la vigencia de la norma y previene porque asegura su cumplimiento a futuro a través de su cimentación cognitiva.

El Derecho penal ejerce su función protectora al asegurar a las víctimas potenciales de que pueden ejercer sus derechos legítimos sin temor a intromisiones ilegítimas. A través de este fin, los factores empíricos «dejan su lugar residual para pasar a ocupar una nueva posición sistemática central».

Este nuevo giro hacia la prevención general positiva permite a JAKOBS salvar los déficits de legitimación que se referían a la necesidad y concreción del dolor penal. Recordemos

---

<sup>91</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 242.

<sup>92</sup> En *System der Zurechnung*, 2012, p. 14, nota 6, JAKOBS la sigue definiendo como retributiva, aunque vinculada a la situación de la sociedad y, por tanto, también relativa.

<sup>93</sup> JAKOBS, *La pena estatal*, 2006, pp. 55 y s.

<sup>94</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 243 y ss.

la crítica efectuada por MIR PUIG -entre otros- de que las tesis expresivas o simbólicas -que, en términos del propio JAKOBS, «se limitan aún a condiciones puramente abstractas y formales de la juridicidad»- no explicarían suficientemente la necesidad de escenificación del dolor de la pena. Bastaría, decía el profesor, con la mera declaración pública e inequívoca de culpabilidad del autor para asegurar la confirmación de la norma. No se ve por qué la contradicción del delito debe producirse precisamente infligiendo dolor empírico en el marco de una teoría de la prevención general positiva que considera la secuencia delito -contradicción a la vigencia de la norma- y pena -contradicción de la contradicción que representa el delito- en términos de interacción simbólica o comunicativa -esto es, abstracta-.

Pues bien, JAKOBS responde a esta crítica a través de la irrupción de lo fáctico en su teoría de la pena. El autor alemán se da cuenta de que el mensaje que interesa del delito es el de la información perturbadora que contiene para los ciudadanos de cara a organizar sus futuras relaciones y el del peligro de que éste se interiorice como expectativa válida, esto es, se convierta en costumbre. En otras palabras, percibe que, si no se incorpora algún tipo de referencia a la relevancia comunicativa del delito y la reacción mediante la pena para los ciudadanos de esa determinada sociedad, no se acierta a ver la necesidad del dolor penal. Esta referencia se halla en lo que el autor denomina seguridad cognitiva: «el dolor penal -la concreta imposición de la pena- sirve para la salvaguardia cognitiva de la vigencia de la norma en la medida en que el delito pone en peligro el apoyo cognitivo que necesita toda norma para que pueda servir de orientación en la vida social. Reparar o restablecer dicho menoscabo cognitivo de la norma es el fin de la pena, puesto que complementa al significado de la misma como contradicción de la negación de la vigencia de la norma por parte del delincuente»<sup>95</sup>.

Por tanto, la función del dolor penal por cuanto es refuerzo la cimentación cognitiva de la norma y de expresión de rechazo social de la conducta delictiva, es un mecanismo esencial de la pena. En otros términos: el dolor penal es un presupuesto indispensable para el correcto funcionamiento de la pena y sin él la puesta en peligro que representa el delito acabaría materializando en un resultado lesivo.

Según JAKOBS, «las personas no sólo necesitan la certeza de estar en Derecho, sino también de que podrán salir más o menos adelante con sus intereses, con su bienestar».

---

<sup>95</sup> *Ibíd.*

Consecuentemente, «la vigencia de la norma no es un fin en sí mismo; las personas quieren establecerse en el ordenamiento jurídico y encontrar allí su libertad y bienestar»<sup>96</sup>. Se recupera así la idea de prevención general positiva: no basta con la retribución del hecho para confirmar la vigencia de la norma en el plano simbólico; por el contrario, lo realmente decisivo es que se disipe toda duda sobre el hecho de que la norma primaria o norma de conducta es la que protagoniza la vida social, esto es, de que ésta tiene una vigencia real. El único mecanismo para asegurar que la norma sea la que «dirija la praxis» y de que, por tanto, se reduzca la probabilidad ulteriores infracciones es el castigo penal. Ello significa que lo que realmente previene la pena es la erosión de la norma o, expresado de otro modo, «que se pueda seguir tomando en serio la expectativa normativa de que las personas son fieles a las normas»<sup>97</sup>.

Se trata de una prevención general positiva, pues se previene la comisión de futuros delitos a través del mantenimiento general de la fidelidad normativa, pero no por vía de la intimidación o la coacción psicológica, sino mediante una integración general de la fidelidad al ordenamiento como actitud necesaria para la marcha organizada de la vida social. El hecho delictivo contradice dicha necesidad y, por su carácter especialmente lesivo, es una alternativa de conducta que no puede ser tomada en consideración<sup>98</sup>. Mediante el dolor de la pena se consigue precisamente que el hecho sea tenido como un fracaso por la generalidad y, por tanto, se refuerza la fidelidad en la vigencia real del ordenamiento jurídico.

Existen, por tanto, dos planos diferenciados de la pena: el de su significado en el plano simbólico y el de su finalidad en el plano empírico o fáctico. JAKOBS lo resume en los siguientes términos: «La parte simbólica de la pena, su significado como contradicción, se dirige contra la afirmación de que no se trata de una norma vinculante, y la cimentación cognitiva se mantiene porque el dolor penal transforma de modo final el hecho en una empresa fracasada»<sup>99</sup>. Y, por tanto, lo que legitimaría el sufrimiento penal frente al autor desde una perspectiva de justificación es su responsabilidad por el peligro para la vigencia de la norma en un sentido cognitivo<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> JAKOBS, *Normativización*, 2005, pp. 53 y s.

<sup>97</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 247.

<sup>98</sup> JAKOBS, *Normativización*, 2005, pp. 52-55.

<sup>99</sup> JAKOBS, Prólogo a *La pena estatal*, 2006, p. 12.

<sup>100</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, p. 250.

Es notoria, en este punto, la proximidad de esta tesis con la disuasión en su estrategia preventiva<sup>101</sup>. La prevención se obtiene a través del sufrimiento que infringe la pena. Éste transmite a la generalidad que la conducta del infractor es una empresa fracasada y, por tanto, presupone – al igual que la prevención general negativa- una reacción cognitiva de los ciudadanos ante el sufrimiento del autor. La pena debe demostrar – en el plano fáctico – que el delito es una opción desafortunada, respaldando cognitivamente a la norma. Lo que caracteriza al dolor penal -y lo que determina, por tanto, su medida- es su capacidad instrumental de aseguramiento cognitivo.

En segundo lugar, JAKOBS consigue disipar las dudas acerca de la posibilidad de determinación de la pena concreta a través de dos parámetros: 1) efectos desestabilizadores concretos y 2) límite de la culpabilidad del autor fiel al derecho.

La medida del dolor penal viene condicionada por lo estrictamente necesario para reparar el daño intelectual sufrido por la generalidad a causa del delito -esto es, lo necesario para que los ciudadanos mantengan la fidelidad en la vigencia real de las norma- siempre con el límite de la culpabilidad del autor -en términos retributivos: lo que deba el autor por su hecho-. El dolor penal respalda cognitivamente la vigencia de la norma y su medida debe ser la adecuada para demostrar que el delito es una mala opción -en términos positivos, no disuasorios (vid. apartado 4)-. De este modo, la existencia de un factor cognitivo asienta un parámetro fáctico que es clave en la determinación del dolor penal y necesario objetivamente.

Las críticas dirigidas contra la tesis, en este punto, son esencialmente las mismas que las que ya se señalaron respecto a la prevención socialmente integradora y se pueden resumir con la siguiente idea: aquellas sociedades que tengan mayores dificultades de fidelidad normativa -esto es, en las que las expectativas normativas coinciden en menor medida con las expectativas empíricas- y de cimentación normativa, requerirán que el recurso al dolor penal sea mayor. De este modo, se corre el riesgo de que la pena concreta se vea forzada a sobrepasar el límite de la estricta culpabilidad -determinada por la lesividad social o gravedad del hecho- del autor para cumplir con el fin de generar fidelidad

---

<sup>101</sup> La doctrina más empirista destaca una contradicción en este punto y critica su proximidad a la prevención general negativa. Recientemente, RODRÍGUEZ HORCAJO en *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad* (2016). Sin embargo, como se verá al abordar el apartado 4 de este trabajo, el hecho de que la prevención se obtenga a través del dolor penal no permite concluir, como sostiene el propio JAKOBS, que exista una función latente de prevención general negativa.

normativa. En definitiva, aquellas sociedades cuyas necesidades de estabilización normativa sean mayores tenderán a reaccionar frente al delito con penas mayores independientemente del peligro concreto de erosión de la vigencia de la norma creado específicamente por ese delito.

Tampoco puede eludirse el hecho de que la determinación de la pena según sus concretos efectos desestabilizadores requiere de un cierto ejercicio de especulación sobre la concreta lesividad normativa del hecho y, consecuentemente, sobre las necesidades concretas de dolor penal que preventivamente se requieren.

JAKOBS intenta resolver esta cuestión afirmando 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». Sin embargo, no queda claro cómo se puede asegurar exactamente tal proporción entre la gravedad del hecho y la pena necesaria para ese hecho. Esto genera una disfuncionalidad clara dentro de la tesis del catedrático de Bonn, puesto que, como el mismo afirma, «esta confirmación [la de la vigencia de la norma] no será más que una mera palabra [...] si el dolor no es suficiente para caracterizar el delito como empresa fracasada».

En tercer y último lugar, la incorporación de lo fáctico en la teoría de JAKOBS también tiene que ver con lo que este describe como «Derecho penal del enemigo». El autor alemán defiende un modelo preventivo-especial de Derecho penal para aquellas personas que no son fieles al Derecho y que, por tanto, ponen en mayor peligro la seguridad cognitiva de la norma. Estos individuos, por su mayor culpabilidad en este sentido, merecen mayores penas y sus postulados contradictorios deben ser combatidos de una forma diferente a la del resto de ciudadanos.

En mi opinión, el Derecho penal del enemigo retoma el indeseado concepto de inocuización y debilita la tesis de JAKOBS, pues parece reconocer -contradiciéndose- que la prevención general positiva es incapaz de comprometer a determinados infractores sistemáticos con el mensaje de la norma.

#### **4. ¿PREVENCIÓN SIN DISUASIÓN?**

En las páginas precedentes hemos visto como, pese a sus disfuncionalidades, las teorías mixtas de la pena parecen poner de manifiesto que la pena es un fenómeno complejo

desde diferentes perspectivas y que, si se quiere mantener una teoría de la pena coherente (tanto desde el plano metafísico como desde el empírico), todas ellas deben ser tenidas en cuenta. También hemos visto como, en el seno de estas teorías, los fines de prevención general negativa iban perdiendo peso progresivamente como fin principal de la pena.

En este contexto, las aportaciones de las ciencias sociales han sido importantes, pero tal vez no determinantes. El abandono de las tesis preventivo-negativas de la pena ha tenido que ver más bien con las dificultades de justificación del dolor penal exclusivamente sobre la base de la disuasión y la circunstancia de que una gran parte de la dogmática jurídico-penal se ha dado cuenta de que se precisa una visión más compleja de la pena que tenga en cuenta las diversas dimensiones del fenómeno punitivo y del hecho punible. La conclusión es que ya no puede ser defendida como legítima una visión de la pena que se fundamente total o parcialmente en la disuasión, y ello por tres motivos esenciales:

- 1) La disuasión no tiene suficientemente en cuenta la dimensión de lesividad social del hecho delictivo<sup>102</sup>. En la medida en que el baremo esencial para la medida de la pena es la necesidad de coacción o influencia psicológica en términos marginales, algunos autores resaltan -acertadamente- que esta tesis debería llevarnos a la lógica irracional (desde un punto de vista preventivo) de que hechos de gran lesividad social y muy perturbadores, pero que acarrearán escasas ventajas al delincuente, deberían tener una pena pequeña, mientras otros hechos de escasa lesividad y capacidad de perturbación pero con los que el delincuente podría conseguir una gran satisfacción deberían tener una pena elevada. Esta lógica punitiva desatiende completamente el requisito de proporcionalidad por el hecho delictivo.
- 2) La disuasión es una teoría que trata a los sujetos como meros agentes prudenciales y desatiende su perspectiva moral<sup>103</sup>. Esta tesis, como ya señaló HEGEL en § 99, parte de una visión reduccionista del ciudadano al considerarlo un delincuente potencial. Por ello se le objeta que esta forma de intimidación permanente a los ciudadanos resulta incompatible con la eficacia impeditiva del principio

---

<sup>102</sup> Vid. en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 86 y ss. También LESCH en *Función de la pena*, 1999, p. 26. Como considera este último autor, la tesis de la disuasión desatiende una parte de los efectos del delito y de los efectos de la pena.

<sup>103</sup> Vid., entre otros, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, p. 160; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1995, p. 279; FEIJOO SÁNCHEZ, *Injusto penal*, 1997, p. 33.

constitucional de dignidad de la persona (art. 10 CE) <sup>104</sup> y con su expectativa legítima de no ser tratado como un súbdito que precisan constantemente de estímulos negativos para controlarse. El ejercicio legítimo del *ius puniendi* en un Estado democrático deber ser coherente en su trato con los ciudadanos, también cuando se trata de prevenir a través del castigo.

- 3) La disuasión es una teoría incompatible con los principios limitadores de la intervención penal al graduar la gravedad de la pena en función de la intensidad de los impulsos delictivos de la colectividad. De este modo, la pena se vería determinada no por la gravedad del injusto sino por las ventajas o satisfacciones que el autor espera obtener del hecho delictivo. Tengo que estar de acuerdo con JAKOBS cuando afirma que «en el marco de una teoría de estas características los capítulos o títulos de la parte especial deberían estar organizados preferentemente de acuerdo con la utilidad que el autor espere conseguir y no en función del bien jurídico lesionado o puesto en peligro»<sup>105</sup>. Es incompatible con un Derecho penal ilustrado pretender determinar la pena adaptándola a las necesidades de coacción psicológica de los potenciales delincuentes en cada supuesto (y más si tenemos en cuenta la muy cuestionable posibilidad de determinar judicialmente dichas necesidades)<sup>106</sup>.
- 4) Las estrategias intimidatorias o prudenciales esconden una tendencia natural al endurecimiento de las penas. La disuasión no sería capaz (como sí lo son las tesis

---

<sup>104</sup> En contra de este argumento RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal*, 2016, pp. 237 y ss; GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, 2015, pp. 378-379. Estos autores consideran que la disuasión aporta motivos prudenciales a los sujetos (a diferencia de lo que planteaba FEUERBACH) y que, por tanto, considera al individuo como un ser racional. Sin embargo, el hecho de que se sostenga una tesis preventiva que tenga en cuenta una eventual racionalidad estratégica de los sujetos no quiere decir, a mi modo de entender, que se haya dejado de desatender su vertiente moral. Por otro lado, creo que es plenamente compatible, en contra de lo que parece sostener HORCAJO, criticar una justificación prudencial de la pena y sostener una tesis que pase por rechazar el que se imponga una actitud interna de adhesión al Derecho a través de la amenaza de la pena (aunque lo contrario haya sido asumido por una parte de la doctrina casi como un automatismo). Cuando se confirma la vigencia de la norma a través de la pena no se busca una respuesta en los sujetos en el sentido de que se adhieran -moralmente- a su contenido ni que profeticen su respeto a los dictados éticos que la norma jurídico-penal pueda contener, sino más bien se les está comunicando que pueden estar seguros de que el mensaje de la norma sigue siendo el válido y que sus legítimas expectativas de un comportamiento general conforme a la norma y sin intromisiones ilegítimas son reales. Pretender el reconocimiento social de la vigencia de la norma como mecanismo de prevención general encaja plenamente con la idea de que todo ordenamiento liberal debe exigir simplemente la obediencia externa de las normas.

<sup>105</sup> JAKOBS, *PG*, 1995, 1/30. En el mismo sentido, LESCH, *Función de la pena*, 1999, p. 26.

<sup>106</sup> JAKOBS, *La pena estatal*, 2006, pp. 125 y s. También FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, 2014, pp. 113 y ss.

preventivo-comunicativas de la pena) de reconciliar el aspecto punitivo y el aspecto jurídico del Derecho penal vigente<sup>107</sup>. La lógica de la disuasión aparta totalmente de su seno la cuestión relativa al merecimiento jurídico y se ve forzada a desatender el principio de proporcionalidad de la pena con el hecho cometido para poder justificarse en términos de eficacia preventiva. Así, por ejemplo, si aceptamos los postulados de la prevención general negativa, se debería castigar con mayores penas los delitos más comunes (piénsese en los frecuentes delitos de hurto) independientemente de la gravedad concreta del hecho punible. Esto mismo viene a reconocer SILVA SÁNCHEZ -aunque este autor sostiene que la legitimación axiológica de la prevención intimidatoria sí puede hallarse en relación con otras características u otros fines del Derecho penal- cuando afirma que «la sujeción a un criterio de estricta proporcionalidad no es ciertamente -o, al menos, no siempre- el mejor vehículo de la eficacia intimidatoria»<sup>108</sup>.

Con todo este elenco de razones lo lógico es pensar que no es posible ya defender la disuasión como instrumento legítimo de coacción. Sin embargo, si bien las dificultades de legitimación axiológica de la prevención general negativa son aceptadas por la mayoría de la doctrina jurídico-penal, no es demasiado evidente que la finalidad de disuasión haya desaparecido por completo del debate sobre los fines de la pena; no se ha dado, en este sentido, el último «adiós» a la prevención general negativa<sup>109</sup>.

Incluso las teorías más críticas y distanciadas de las corrientes preventivo-negativas parecen seguir apegadas -directa o indirectamente- a la idea de que existe una dimensión de prevención general negativa en la pena que es irrenunciable. Autores normativistas como VON HIRSCH o PEÑARANDA RAMOS, pese a considerar que la pretensión del Derecho penal es el «reconocimiento racionalmente motivado de sus normas»<sup>110</sup>, señalan que la pena tiene un componente de dirección de conductas y acaban otorgando a la función de disuasión un papel secundario en la justificación de la pena.

---

<sup>107</sup> En contra de este tipo de argumentos: GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, pp. 381 y ss., que, si bien admite que la crítica es cierta, acaba concluyendo que ello tan sólo sería una razón prudencial para la limitación de la pena.

<sup>108</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, p. 280.

<sup>109</sup> Cfr., en sentido contrario, FRISCH, *Pena, delito y sistema del delito en transformación*, Indret 3/2014, p. 7.

<sup>110</sup> PEÑARANDA RAMOS, *Doxa*, 2000, pp. 317-318.



Esto último a llevado a algunos autores como RODRÍGUEZ HORCAJO<sup>111</sup> a afirmar que, pese a que habría un efecto preventivo de la pena que opera a nivel general y que no se limita a la prevención general negativa, dicho efecto no es del todo independiente ni puede mantenerse sin la disuasión<sup>112</sup>. La pena conseguiría el mantenimiento contrafáctico de las expectativas normativas - «de la cooperación social», según este autor - porque en gran medida los individuos reconocerían en la pena un efecto disuasorio importante que actúa sobre todos los sujetos que, al desconocer cómo se comportaran en el futuro sus compañeros de comunidad, lo único que podrían afirmar de manera cierta de los individuos con los que se interactúa es que se comportarán del modo prescrito en la norma por razones prudenciales. Esta idea es similar a la expuesta por SILVA SÁNCHEZ cuando afirma que «para producir confianza fáctica en las víctimas potenciales, es necesario que la pena produzca miedo o convicción en los autores potenciales (esto es, prevención general negativa)»<sup>113</sup>

En definitiva, lo que quieren decir estos autores es que para que se den los efectos preventivos de la confirmación de la vigencia de la norma debe aceptarse que la pena no sólo disuade al potencial delincuente potencial, que percibe la amenaza de la norma y se interrelaciona con ella en términos de racionalidad prudencial (esto es, que actúa como un *homo economicus*), sino que también los sujetos «cooperadores» -cumplidores- deben percibir y dar por válida esta sinergia amenaza-abstención<sup>114</sup>. Lo realmente importante - sostiene HORCAJO- no es tanto el efecto que la pena pueda surtir sobre los «potenciales delincuentes» (aunque -afirma- también lo sería de manera agregada y en el largo plazo) sino la creencia que los demás tienen sobre la existencia de dichos efectos de modo tal que si la pena no tuviese con carácter general un efecto intimidatorio, a la larga nadie confiaría en que dicho efecto se produciría y no vería descansar ahí sus expectativas sobre el comportamiento ajeno.

---

<sup>111</sup> En su teoría de la prevención general social, HORCAJO defiende una tesis ecléctica de la pena; ésta operaría a través de la disuasión -dirigida a potenciales delincuentes- y de la prevención general social -una mezcla entre los postulados de prevención general integradora y de las tesis expresivas (en su vertiente anglosajona) que iría dirigida a los sujetos cooperadores-.

<sup>112</sup> Parece aceptar que los efectos preventivo-generales positivos dependen de la intimidación -reforzando de este modo el argumento de HORCAJO-, JAKOBS, *LH-Reyes Echandía*, 2005, pp. 349-350.

<sup>113</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, pp. 497-498.

<sup>114</sup> Ello, según sostiene HORCAJO, permitiría concluir que, en contra de lo que critican los detractores de la prevención general negativa, la disuasión no solo se centra en el delincuente.

En mi opinión, tal concepción de los efectos de la pena es fundamentalmente errónea tanto por motivos axiológicos como empíricos:

- 1) En el plano axiológico, deben advertirse las dificultades de esta doctrina para respetar la proporcionalidad que también exige el ordenamiento jurídico-penal entre lesividad social del hecho punible y respuesta penal. La proporcionalidad es un principio jurídico-penal básico además de una garantía esencial del sujeto delincente. Sin embargo, el someter la capacidad preventiva de la pena a la preservación de la capacidad disuasiva del Derecho penal conlleva una racionalidad que podría conducir a castigar gravemente a un sujeto por unos hechos delictivos que, contemplados en su dimensión social, hayan causado un daño irrelevante. Y, aunque se pretenda encorsetar el fin instrumental de la prevención general negativa bajo los límites de la proporcionalidad, la tendencia de esta estrategia siempre será hacia el incremento de las penas para no devenir ineficaz. Así, se plantean, al igual que sucede con todas las corrientes punitivas de esta concepción *iustificativa*, dudas más que razonables acerca de su legitimidad.
  
- 2) En el plano empírico, puede afirmarse que esta tesis parte de premisas incompatibles con los conocimientos científicos actuales. Sin ánimo de reiterarme (vid. apartado 2.2), el modelo del *homo economicus* no es generalizable ni puede darse por válido cuando lo que se pretende es la eficacia de la disuasión como modelo preventivo generalizable -sería, en este sentido, un modelo ineficaz en sus propósitos-.

Gracias a las aportaciones de las doctrinas de la economía del comportamiento (*behavioral economics*) y su posterior traslación al ámbito penal, este modelo parece hallarse en trance de superación definitiva.

Estas doctrinas ya no definen el ser humano como un ser egoísta que toma sus decisiones en función de los incentivos y desincentivos existentes en un contexto de perfecta información. Por el contrario, sus rasgos característicos son: 1) la racionalidad limitada, 2) la voluntad imperfecta; y 3) el auto-interés limitado<sup>115</sup>. Las dimensiones socioeconómica, instintiva, ética y emocional son tenidas en

---

<sup>115</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, p. 32

cuenta como factores esenciales de la ecuación y se habla de sesgos cognitivos y déficits volitivos para referirse a las distorsiones y déficits del proceso de toma de decisiones del agente infractor.

En definitiva, los estudios más recientes vienen a demostrar, en términos económicos, que los potenciales delincuentes carecen de una información correcta que les permita hacer un cálculo racional en términos consecuencialistas que se adecue suficientemente a la realidad.

- 3) La idea que se sugiere en el punto dos no sólo afectaría a las personas concretas o «potenciales delincuentes», también los ciudadanos «cooperadores» se ven afectados por sesgos cognitivos y carecen de una información válida que les permita figurarse una concepción exacta y no deformada del funcionamiento del Derecho penal y sus instituciones.

Considero que es un ejercicio de honestidad científica aceptar el hecho por todos constatable de que el mal que se inflige con la pena, al anunciar consecuencias negativas asociadas transgresión de la norma, puede generar -sobretudo en supuestos asociativos claros- intimidación en ciertos individuos. A nadie se le escapa que el simple hecho de que el Derecho penal utilice el dolor penar como respuesta puede ser tenido en cuenta por algunos sujetos -y en determinados delitos- a la hora de adoptar o no una conducta infractora. Ahora bien, de ello no debe derivarse, como sostiene HORCAJO, que este patrón de conducta sea generalizable, ni que los efectos de aseguramiento cognitivo de la pena dependan del mantenimiento de tal percepción por parte del resto de individuos no infractores.

Sí parece haber, en cambio, un efecto absoluto de inestabilidad y de incremento de la delincuencia cuando no se responde a la anomia normativa. Y ello no es debido a que el Derecho penal haya dejado de disuadir en términos generales (¿cómo puede dejar de disuadir algo que, según sostiene el propio HORCAJO, «tiene un efecto disuasorio absoluto»<sup>116?</sup>), ni que exista una creencia generalizada de que el Derecho penal ha perdido su «eficacia disuasoria» (¿cómo puede dejar de percibirse como disuasorio algo que, como un hecho natural, siempre se percibe como tal?), sino el hecho que la vigencia de

---

<sup>116</sup> RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal*, 2016, p. 227.

la expectativa normativa real se ha visto cuestionada y tal erosión provoca que los sujetos dejen de dar consideración a la identidad norma-realidad.

Y ya sea porque, como afirma JAKOBS, «la desatención de la norma genera un problema de orientación al aparecer la duda sobre si dicho comportamiento es el debido o simplemente un comportamiento individual desviado» o porque, como afirma HORCAJO, «la desorientación aparezca parcialmente porque los sujetos dudan si ese comportamiento es aislado o no»<sup>117</sup>, el resultado del hecho punible sin repuesta penal— en mayor o menor medida— es el mismo: la puesta en cuestión de la vigencia de la norma penalmente garantizada y la erosión de las legítimas expectativas normativas de la generalidad. Es precisamente la confirmación contrafáctica de la configuración normativa de la sociedad a través de la pena (en términos comunicativos) la que, al transmitir que el patrón de conducta del delincuente es equivocado y que no debe ser guía del comportamiento de los demás miembros de la sociedad, previene que la misma se generalice (y ello independientemente de que exista o no una percepción general sobre los efectos disuasivos de la institución penal). Es cierto que la prevención se obtendría a través del sufrimiento que infringe la pena (y en este punto es donde se critica la similitud con las tesis preventivo-negativas), ya que ésta transmite a la generalidad que la conducta del infractor es una empresa fracasada y, por tanto, presupone —al igual que la disuasión— una reacción cognitiva de los ciudadanos ante el sufrimiento del autor, pero de ello no debe inferirse que la capacidad instrumental de aseguramiento cognitivo de la pena dependa de la percepción de los efectos disuasorios de la misma sino que más bien podría afirmarse que es independiente de éstos.

En definitiva, la pregunta que encabeza este apartado debe ser respondida afirmativamente: efectivamente, parece que hay espacio para la prevención general sin necesidad de recurrir a la disuasión como función latente de la pena.

## 5. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha pretendido elaborar una visión lo más fidedigna posible de la situación actual del debate en torno a la justificación de los fines de la pena, con el objetivo de comprobar qué concepción se aviene mejor —en términos tanto valorativos como empíricos— con una versión ilustrada del Derecho penal en la que prácticamente ya

---

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 252.

nadie esta dispuesto a negar que el dolor penal es una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos que sólo -pero no únicamente- puede justificarse en términos de una mayor utilidad general.

Una de las cuestiones más destacables aquí ha sido la constatación de que no sólo los planteamientos puramente metafísicos del recurso a la pena, al rechazar toda referencia final o utilitarista de la misma, son incapaces de justificar el recurso al dolor penal, sino que también las fundamentaciones monistas de la prevención general plantean dificultades en orden a la legitimación del *ius puniendi*.

Para analizarlos, he considerado que el mejor esquema a seguir es el que distingue, al menos a efectos explicativos, entre los problemas de justificación de la prevención general -legitimación axiológica de la pena- y problemas de explicación -legitimación empírica-.

Hemos visto como la colisión dialéctica entre el aspecto «punitivo» y el aspecto «jurídico» del Derecho penal moderno se manifiesta en un conflicto de fines: preventivo, por un lado, garantístico por el otro. Esta discusión ha tenido -y tiene- una enorme trascendencia a la hora de dilucidar cómo deben entenderse los fines preventivos de la pena y del Derecho penal al decantarnos por unas concepciones frente a otras. Sin embargo, el aspecto valorativo no es el único que debe tomarse en consideración. La perspectiva del «deber ser» decae cuando la pena no logra explicarse en términos de eficacia preventiva - «ser» -. Este último elemento -junto con el axiológico- nos a llevado a excluir la prevención general negativa como teoría válida para la fundamentación del castigo penal. La eficacia de la prevención general negativa, en la medida en que busca una influencia psicológica en comportamientos concretos, depende exclusivamente de la percepción subjetiva que el delincuente tenga sobre el riesgo de que su acción sea detectada, y no de la amenaza real de detección. Además, como demuestran los estudios empíricos más recientes, se trata de una tesis prominentemente subjetivista y, por tanto, incapaz de explicar objetivamente los efectos de la pena sobre la generalidad de sus destinatarios.

En este punto, el cambio de enfoque que significó la prevención general integradora parecía mejor desde un punto de vista tanto valorativo como político-criminal. La prevención general socialmente integradora logra incorporar la dimensión social de lesividad del delito al prescindir de la discutida hipótesis del autor racional. Estas tesis

parten de una concepción del hombre mucho más acorde a su dignidad en la que la pena ya no va exclusivamente destinada a potenciales delincuentes, sino que busca el cumplimiento generalizado de la norma jurídico-penal -y, por tanto, la prevención del injusto que ésta contiene- mediante estrategias de refuerzo de los procesos de socialización.

Sin embargo, también una concepción de la pena exclusivamente integradora tiene problemas a la hora de justificar el dolor penal. El intervencionismo moral y la incapacidad para justificar el mal empírico que supone la pena han sido determinantes en el debilitamiento progresivo de esta concepción que, no obstante, ha sido reformulada por las corrientes eclécticas o unificadoras de la pena.

Partiendo de un análisis de virtudes y disfuncionalidades de las dos tesis eclécticas más destacadas en la actualidad -la tesis dialéctica de ROXIN y la tesis dual de JAKOBS-, se ha llegado a la conclusión de que existen incentivos fuertes para sostener una fundamentación preventivo-comunicativa de la pena en el Derecho penal contemporáneo. Y ello es así por esencialmente por dos razones:

- 1) Una tesis comunicativa con elementos predominantes de prevención general positiva -que concilie adecuadamente la perspectiva de las necesidades sociales con el merecimiento justo y el garantismo penal- atiende mejor a los diversos aspectos del conflicto que plantean la mayoría de los delitos en el Derecho penal contemporáneo. La aportación esencial de JAKOBS y la diferencia esencial con la síntesis de ROXIN reside en que la prevención ya no se identifica con la evitación de delitos entendidos, en términos naturalísticos, como puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos. Por el contrario, el foco de comprensión del hecho punible se sitúa ahora en un punto distinto: el delito se concibe como un cuestionamiento de la vigencia de la norma infringida y la pena cumple su función preventiva asegurando dicha vigencia. Se le atribuye al delito un determinado contenido de sentido -comunicativo- en relación con el Derecho que es más adecuado con la explicación de la dimensión de lesividad social del hecho punible.

Entre la dogmática jurídico-penal sigue imponiéndose una comprensión fáctico-objetiva del hecho punible -heredada del naturalismo y del positivismo jurídico- que entiende que el delito «se configura como un actuar con una determinada esencia constitutiva que presenta una referencia negativa para los bienes ajenos, si bien ello

solo llega a constituir un hecho punible cuando se llevan a cabo asimismo determinadas valoraciones jurídicas»<sup>118</sup>. En este ámbito, las teorías de la pena tradicionales se aseguran de preservar recíprocamente esta concepción fáctico-objetiva del hecho punible y se atribuye responsabilidad al autor en función del grado de injusto provocado sobre los bienes ajenos de manera culpable.

Sin embargo, no debe olvidarse que el desarrollo del Derecho penal moderno ha tenido lugar esencialmente a través del ensanchamiento y la aparición de un arsenal de nuevos delitos a resultas de un cambio en la visión socio-política del Derecho penal. Hasta hace relativamente pocos años, el Derecho penal clásico se ocupaba ante todo de fenómenos socialmente marginales (delitos donde predominan de elementos pasionales o propios de sujetos desocializados), así como de la autoprotección del Estado y de sus instituciones<sup>119</sup>. Ahora, estos delitos -del derecho penal nuclear- ocupan un lugar residual en los códigos penales de la mayoría de los países occidentales y, sin embargo, este fenómeno no se ha acompañado -en términos generales- de un cambio en el modo de entender el hecho punible, la pena y la culpabilidad.

Pues bien, aunque las dimensiones de este trabajo no me permiten desarrollar esta idea, todo apunta a que las tesis preventivo-comunicativas logran poner de manifiesto de forma apropiada la complejidad de los recientes fenómeno de criminalización y delincuencia en los que la dimensión de lesividad institucional o social del hecho punible se torna especialmente relevante.

- 2) La tesis heterónimo-preventiva de ROXIN, si bien logra reconciliar el aspecto «jurídico» y el aspecto «punitivo» del derecho penal a través de la instrumentalización -en términos positivos- de la categoría de culpabilidad, no logra construir una fundamentación propia que legitime el recurso al principio retributivo.

ROXIN sostiene que el principio de culpabilidad es un instrumento de prevención general positiva que sirve de límite a los excesos de la prevención general negativa y, por tanto, le otorga un fin secundario a la vez que niega su capacidad para ser considerado el fin principal de la pena por razones axiológicas.

---

<sup>118</sup> FRISCH, *Pena, delito y sistema del delito en transformación*, Indret 3/2014, p. 5 y passim.

<sup>119</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General.*, 2020, pp. 35 y ss.

Este tipo de fundamentación utilitarista o consecuencialista de la culpabilidad— sin ofrecer razones normativas que la fundamenten— corre el temido riesgo de dejar en manos de la opinión social la determinación del cuándo y el cuánto una pena es merecida o justa. Por tanto, al poner la categoría de culpabilidad al servicio de la satisfacción coyuntural de determinadas necesidades psico-sociales de justicia sin ofrecer razones normativas que la calibren, esta fundamentación se torna disfuncional desde una perspectiva estrictamente jurídica.

Parece que, en este punto, la solución jurídica que ofrece el restablecimiento de la vigencia de la norma es más plausible o, al menos, es mucho más idónea para acoger en su seno los principios limitadores y garantísticos de la intervención penal, puesto que la pena limitada no tiende al terror penal, sino que la pena que más estabiliza la vigencia de la norma es aquella pena que se considera, *per se*, justa.

En definitiva, todo lo expuesto a lo largo de este trabajo me lleva a afirmar lo siguiente respecto del dolor penal:

- 1) Pese a que normativamente la pena deba ser vista como un bien (como confirmación y restablecimiento de la vigencia de la norma), no puede obviarse que el mal empírico que supone la pena provoca un coste en término de privación y limitación de derechos que no pueden ser menospreciados. Se precisa, en este sentido, un argumento más fuerte para poder legitimar dicho dolor. Adoptar una visión demasiado idealizada de la pena supondría desatender un aspecto esencial de la misma.
- 2) La razón del dolor penal se explica en términos de necesidad preventiva. Desde una perspectiva preventivo-comunicativa de la pena como la que aquí se defiende, ésta ya no es sólo un mecanismo para desvalorar o censurar el injusto del autor, para ello bastaría, como sostiene MIR PUIG, con la mera declaración inequívoca de la culpabilidad del autor. Lo que legitima realmente el mal penal es que con el se consiguen reparar las consecuencias lesivas que el delito tiene para la generalidad y, con ello, prevenir males futuros. La confirmación contrafáctica de la configuración normativa de la sociedad por medio de la pena restablece la expectativa normativa, previniendo que la infracción se generalice. El fin de la pena no sería ya generar una adhesión interna de respecto al contenido moral o



ético del ordenamiento jurídico sino reparar la perturbación normativa causada por el hecho delictivo, posibilitando con ello el mantenimiento de la vida en sociedad.

El castigo penal es una respuesta antitética a la infracción de la norma jurídico-penal dirigida a reafirmar y asegurar -a restablecer- su vigencia y la del ordenamiento jurídico como marco de orientación de la vida social. En este sentido, el dolor penal es eficaz, es necesario y, además, puede verse realmente como un mal menor.

- 3) Además, desde un punto de vista político-criminal, la estrategia preventivo-comunicativa plantea la ventaja, frente a la prevención general negativa, de permitir una mayor proporcionalidad entre infracción y pena, en la medida en que su inclinación hacia la delincuencia es minoritaria y la pena merecida sería sólo aquella estrictamente necesaria para reforzar la confianza de la generalidad en la protección del ordenamiento jurídico-penal y en su capacidad para imponerse «contrafácticamente» a la negación de la norma, a pesar de la infracción del delincuente en cuestión. En este sentido, la pena retribuye porque confirma contrafácticamente la vigencia de la norma y previene porque asegura su cumplimiento a futuro a través de su cimentación cognitiva.

Si la violación de la norma no es respondida adecuadamente se corre el riesgo de que el mantenimiento de la misma como expectativa general de comportamiento futuro se vea comprometida, con lo que su vigencia quedaría en entredicho. Ello, no cabe duda, aumentaría el peligro de que, al haber perdido la norma su vigencia, la conducta infractora se reitere en el tiempo y se generalice, generando una anomia que, en forma de espiral, generaría una correlativa pérdida de confianza de la generalidad en el hecho de que la norma en cuestión se siga cumpliendo regularmente.

- 4) La prevención general positiva así entendida no debe ser tenida como un efecto latente o secundario de la pena. Por el contrario, es la que precisamente legitima su imposición. En el supuesto eventual de que el delito no tenga la suficiente capacidad para perturbar la vigencia de la norma debería negarse rotundamente la necesidad de dolor penal.

Con todo, considero que todavía quedan dos cuestiones abiertas que deben ser respondidas satisfactoriamente por aquellos que defendemos una visión preventivo-normativista de la pena como la que aquí se ha sostenido.

La primera, y tal vez la más relevante, ya que no puede dejarse sin respuesta, es la cuestión relativa a la determinación del dolor penal necesario. La doctrina crítica -y muy pocos lo han rebatido- que la determinación de la pena según sus concretos efectos desestabilizadores requeriría de un cierto ejercicio de especulación sobre la concreta lesividad normativa del hecho y, consecuentemente, sobre las necesidades concretas de dolor penal que preventivamente se requieren, con el riesgo que ello conllevaría: una reacción frente al delito con penas mayores independientemente del peligro concreto de erosión de la vigencia de la norma creado específicamente por el delito. Esto genera una disfuncionalidad clara dentro de la tesis preventivo-comunicativa, puesto que, como afirma -acertadamente- JAKOBS, «esta confirmación [la de la vigencia de la norma] no será más que una mera palabra [...] si el dolor no es suficiente para caracterizar el delito como empresa fracasada».

La segunda se refiere a la crítica de que aquellas sociedades que tengan mayores dificultades de fidelidad normativa -esto es, en las que las expectativas normativas coinciden en menor medida con las expectativas empíricas- y de cimentación normativa, requerirán que el recurso al dolor penal sea mayor. JAKOBS intenta resolver esta cuestión tratando de precisar el foco de análisis sobre el peligro de erosión de la vigencia real de la norma creado específicamente por ese delito. Sin embargo, sigue sin quedar claro cómo se puede asegurar exactamente tal proporción entre la gravedad del hecho punible y la pena necesaria para ese hecho.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Alcácer, R. (1998). Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 51, 365-588.

Demetrio, E. (2016). *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Buenos Aires: B de F.

Feijoo, B. (1997). *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*. Madrid: Colex.

Feijoo, B. (2014). *La pena como institución jurídica*. Madrid: B de F

Feijoo, B. (2017). Estabilización normativa como fin de la pena ¿puro teatro?. Dentro J.M, Silva Sánchez / J.J, Queralt Jiménez / M, Corcoy Bidasolo, / M.T, Castiñeira Palou (coord). *Estudios del derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (p.309-321). Madrid: Tecnos.

Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Gil, A (2002). Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal. Dentro de J.L.Díez Ripollés (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (p. 9-36). España: Tecnos.

Gimbernat, E. (1990). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Tecnos.

Greco, L. (2015). *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Madrid: Marcials Pons.

Grocio, H. ([1625] 1993). *De iure belli ac pacis*. Aalen: Scientia. (Reimpresión fotomecánica de la edición de Leiden, 1939).

Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

Hassemer, W. (1986). Prevención en Derecho Penal. *Poder y Control*, nº 0, 93-117.

Hassemer, W. / Muñoz, F. (1989) *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Hegel, C.W.F. (2005). *Principios de la filosofía del derecho*. Barcelona: Marcial Pons.

Hegel, C.W.F. (2017). *Fundamentos de la Filosofía del Derecho o Compendio de Derecho Natural y Ciencia Política*. Madrid: Editorial Tecnos.

Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Cívitas.

Jakobs, G. (2004). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia

Jakobs, G. (2005). La pena como reparación del daño. Dentro de Jorge Enrique (coord.), *Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*. Bogotá: Editorial Legis.

Jakobs, G. (2006). *La pena estatal: significado y finalidad*. Pamplona: Marcial Pons.

Jakobs, G. (2012). *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Alemania: Klostermann Vittorio GmbH.

Jakobs, G. *Derecho penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.

Jakobs, G. (1998). Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma. *Revista del poder judicial*, n°49, p. 397-429.

Lesch, H. (1999). *La función de la pena*. Madrid: Dykinson.

Mir, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito*. Barcelona: Bosch, S.A.

Mir, S. (1986). Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 39 n° 1, 49-58.

Nino, C. (1989). La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos. *Doctrina Penal*, enero/marzo, 29-48.

Nino, C. (2015). *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea

Peñarada, E. (2000). Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto del delito. *Doza: cuadernos de filosofía del derecho*, nº23, 289-322.

Peñarada, E. (2015). La pena: nociones generales. Dentro J.A. Lascuráin Sánchez (ed), *Introducción al derecho penal*. (p. 254-293). Navarra: Editorial Aranzadi.

Rodríguez, D. (2017). *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*. Madrid: Marcial Pons.

Roxin, C. (2000). *La evolución de la Política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch

Roxin, C. (2017). *Problemas básicos del Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F.

Schünemann, B. (2002). *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos.

Schünemann, B. (2012). *El sistema moderno del Derecho penal*. Buenos Aires: B de F.

Silva, J.M. (1996). Eficiencia y Derecho Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Políticas*, Tomo 49, 93-127

Silva, J.M. (2010). *Aproximación al Derecho Penal*. Montevideo: Marcial Pons.

Silva, J.M. (2011). *La expansión del Derecho penal*. Madrid: Edisofer.S.L.

Silva, J.M. (2020). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*. Barcelona: Atelier.

Vilajosana, J.M. (2017). *Identificación y justificación del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.