

Por una teoría “propia” de la pena

Recensión a Michael Pawlik, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, 124 págs.

Esteban Sola Reche

Profesor titular de Derecho penal
Universidad de La Laguna

I.

1. El desarrollo alcanzado por la moderna Ciencia del Derecho Penal probablemente se debe sobre todo a la aplicación del método analítico-descriptivo sobre el que viene siendo su objeto principal: el hecho criminal, el delito. Es reconocible fácilmente que esa línea de pensamiento se ha mantenido ininterrumpida y reafirmada con frecuentes exámenes de su congruencia sistemática, con numerosas aportaciones para la elaboración de una compleja, sofisticada e inspiradora teoría jurídica del *delito*¹, cuando tarde, desde la obra de VON LISZT². Una teoría jurídica del delito cuya aplicación más útil viene siendo el establecimiento de límites a la intervención del Derecho Penal como recurso para la regulación de las relaciones sociales, mediante el constante descubrimiento de nuevas posibilidades de entablar discusiones razonables sobre cuestiones más o menos concretas o complejas, sometidas a exigencias “sistemáticas”. Y que en esencia, pueden reducirse a los rudimentarios interrogantes de *qué* y *cómo* ha de ser considerado un hecho delictivo.

Aparentemente con esa perspectiva se lograría una descripción prácticamente omnicomprendiva del Derecho Penal³. Pero a veces queda relegado, en el subyacente discurso, el más básico y primario tema relativo a la legitimación misma del Derecho Penal; tanto más relevante cuanto más racional y más democrático quiera ser el orden social al que éste sirve. Un tema que lógicamente trasciende a la igualmente esencial legitimación del más real y propio de los instrumentos de los que se sirve el Derecho Penal: la pena.

2. Desde este otro punto se plantea la obra “Person, Subjekt, Bürger (Zur Legitimation von Strafe)” de Michael PAWLIK⁴, que en cierto modo suma argumentos para la (lógica) anticipación de la teoría de la pena a la (propia) teoría del delito⁵. Más que justificarla por su innegable utilidad⁶, o como reacción que busca la Justicia, la pena precisa de una específica legitimación en

¹ A destacar JAKOBS, *AT*, 2ª ed.; ROXIN, *AT*, I, 4ª ed.

² Tómese como referencia suficientemente ultimada su *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23ª ed.

³ Por eso es llamativo que en nuestro entorno se haya preferido la denominación Derecho Penal, relegando la de Derecho Criminal; v. al respecto JESCHECK, *AT*, 5ª ed., § 2 I 1.

⁴ Con la quiere desarrollar la revisión de la teoría de la pena, a partir de los asumidos presupuestos de la descripción de las relaciones del ciudadano con el Derecho, adelantados en sus monografías *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug* (v. especialmente p. 7 y ss. y p. 39 y ss.), y *Der rechtfertigende Notstand* (v. especialmente p. 311 y ss.). Sobre ello también, v. su postrera contribución a la discusión ‘Kant und das Strafrecht’: PAWLIK, “Strafe als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit?”, en *JoZG* 1, 2007, p. 26. A esta recensión le anteceden al menos otras dos: la de BÖCKENFÖRDE, en www.buecher.de/w1100485faz3428115422, que, aunque con concretas observaciones, se mantiene en el plano descriptivo; y la muy cáustica de HOERSTER, en *GA* 2006, p. 710 y ss.

⁵ Cfr. como referencia principal JAKOBS, cit. n. 2, § 1/ 9 ss.

⁶ Lo cual favorece que las observaciones se mantengan en el ámbito de justificación de la pena; v. p. ej. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, p. 93 y ss.; o la resignación de aceptarla como “amarga necesidad” del Proyecto Alternativo alemán.

cuanto compromete la libertad de quien la sufre; lo que conduce a la cuestión de ¿qué autoriza la imposición de una pena?

Así, desde la revisión, primero, de las teorías preventivas, entre las que ni siquiera la sublimación de las mismas en la teoría de la prevención general positiva habría satisfecho las expectativas que en su momento generó; y de la teoría retributiva, con muestras de recuperación de nuevas adhesiones en la doctrina, después⁷, se propugna una fundamentación (dialéctica) de la pena, resultante de la interacción entre la libertad del ciudadano y la responsabilidad que éste contrae con la sociedad⁸.

II.

1. Observa PAWLIK cómo se ha asumido sin apenas reservas que, a través del Derecho Penal, la pena es el imprescindible recurso para el mantenimiento de la sociedad y el Estado; y se ha obviado la tarea previa de elaborar la más genuina explicación de la legitimación de la pena. Dado que funcionalmente cabe integrarla con la de la justificación a través de sus fines (legítimos o *legitimados*), ha quedado desdibujada la necesidad de obtener el fundamento mismo como una *propia* teoría de la pena⁹.

De esa manera no acaba de resolverse si una pena que obedece a la finalidad que la justifica es en sí justa, y en qué condiciones dejaría de serlo. Replanteados como problemas, más que como argumentos, no son entonces *sólo* asuntos privativos del abolicionismo los de si debe existir o no la pena, y por qué la institución de la pena deja de ser *injusta per se*¹⁰; al fin y al cabo, como señala PAWLIK, la pena, y el Estado, son creaciones de la voluntad humana.

Seguramente por eso mismo, el retroceso hasta la indagación del sustento ético-jurídico de la teoría de la pena no es algo ajeno al Derecho positivo, en tanto que en ello también va la explicación de la legitimidad del Ordenamiento Jurídico. Tan es así que, podría decirse, la pena es la más evidente y grave de las manifestaciones de la sociedad jurídicamente organizada.

2. Desde una esquematización clásica del significado de la pena [a) mal; b) resultante de un proceso formalizado; c) y d) como consecuencia de una infracción imputable] PAWLIK anticipa lo que acaba siendo una de las reflexiones, a mi juicio, más interesantes de su trabajo: la

⁷ Así PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, p. 5.

⁸ V. como conclusión, PAWLIK, *ob. cit.*, p. 95.

⁹ Sobre la separación entre finalidad y legitimación en la concepción de KANT, ya LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 32. V. al respecto también la referencia a la distinción entre fundamento y fines de la pena de OTTO, en la nota 25 de PAWLIK, *ob. cit.*, p. 16 y s.

¹⁰ PAWLIK, *ob. cit.*, p. 10 y s.

legitimación de *esos* aspectos de la pena, “no aporta ningún muro de contención para sus consecuencias indeseadas”¹¹.

3. Los enfoques teóricos desde la básicas ideas de prevención y de retribución –siguiendo el orden en el que son referidas– quedarían insatisfactoriamente limitados, por separado pero también con las modernas correcciones a sus formulaciones originales que aproximan (o integran) sus planteamientos en el entorno de las teorías unitarias. Para ello se observa que:

a) La justificación preventiva acaba por distanciarse del hecho delictivo precedente al que la pena sigue¹²: no habiendo sido evitado, se quiere influir en el peligro de su repetición, por el autor o por otros. Y ello se hace a costa del penado, para quien “la prevención llega demasiado tarde”. Luego entonces la prevención general negativa apunta hacia otros destinatarios distintos al que se hace padecer la pena. El reconocimiento de su utilidad no es por tanto, en sí, su legitimación. Como tampoco la que se remite a la prevención especial, en atención al peligro que el autor es para el resto de quienes con él conviven.

Desde la prevención general positiva el instrumento de la pena contribuye a un objetivo integrador que apuntala el propósito de estabilización social; y por el que el ciudadano habría de convencerse de la inconveniencia que supone el delinquir. La mejor condición para que esto ocurra es la de que la pena sea sentida como justa. Pero esto tampoco equivale a que sea legítima¹³.

b) La justificación retributiva de la pena, en cambio, se desenvuelve en el plano del idealismo, motivando la expresión del rechazo de la comunidad, y que en última instancia se concreta en una reacción (como pena) simbólica –recuérdese la imaginaria isla de KANT cuyos habitantes resuelven disolverse como comunidad no sin antes hacer cumplir las (ya incuestionadamente inútiles) condenas pendientes–. En una actualizada “explicación” normativa de la sociedad, para la materialización de la justicia (retributiva) se hacen corresponder la perturbación del orden jurídico (por el delito) con el restablecimiento de la vigencia de la norma afectada (mediante la pena)¹⁴. Esto tiene su corolario: la pena justa se ha de ajustar necesariamente a la medida de la gravedad del delito. Pero el restablecimiento del orden jurídico, que con la pena se quiere obtener tras la desestabilización que el delito supone, no se concibe modernamente como la Justicia, sino como la reacción de un Ordenamiento Jurídico que decide así amparar la Libertad. No se trata entonces de una demostración de que la institución de la pena es necesaria, y consiguientemente tampoco alcanza a proporcionarle la pretendida legitimación.

¹¹ PAWLIK, ob. cit., p. 16 y s. Como veremos *infra* III.3 esto aporta un decisivo sustento a la revisión hegeliana debida a su maestro JAKOBS, “Strafe muß sein! Muß Strafe sein?”, p. 29 y ss., del “derecho del ciudadano” a la pena.

¹² Por esto PAWLIK, ob. cit., p. 19, las reconoce más como teorías *sobre* la pena que como teorías *de* la pena, en cuanto que para fundamentarla se sustituye su (propia) legitimidad por los efectos (utilidades) de la pena.

¹³ PAWLIK, ob. cit., p. 35 y ss.

¹⁴ Fundamental al respecto v., JAKOBS, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischen» Prinzipien denken”, p. 845; el mismo, *AT*, 1/ 9 ss.

III.

1. En todo caso la pena se concibe como la característica reacción, de complejo fundamento, que sucede a lo injusto. Esto ocurre lógicamente en un ámbito de organización jurídica, conformado por “personas”; personas que en la concepción de HEGEL se rigen por el principio del respeto a los demás en cuanto que también son personas. Pero en la medida que esto no ha de comportar la negación de la más subjetiva voluntad de cada uno (concepción liberal del Estado), hay que hablar de “sujeto”, que en aquel contexto “dirige su vida” en condiciones de libertad; de modo que, podría decirse que “la libertad del sujeto es más concreta que la libertad de la persona”: aquélla determinante de su propio proyecto de vida; ésta en cuanto voluntariamente asume (nada más que) la integración en una organización jurídica¹⁵.

2. En ese nivel aparecen ya recursos clave a través de los que se expresa la forma en la que interviene el Derecho Penal en la sociedad jurídicamente organizada. La noción de injusto constituye la manifestación imputable a un sujeto del desprecio al proyecto de vida de otro sujeto al que se identifica como víctima; o el mismo fundamento de la idea de imputación, que trasciende al plano subjetivo con el presupuesto de la capacidad personal de enjuiciamiento de las situaciones de conflicto y de las normas que las regulan, de suerte que cuando lo injusto no sea subjetivamente imputable –tratándose de menores o enfermos mentales, p. ej.– no tendría relevancia penal.

Sin embargo, un Derecho de personas, o de sujetos, se concibe respecto a las relaciones que se establecen entre personas o sujetos. Pero se requiere algo más para explicar, por ejemplo, la justificación o exculpación del estado de necesidad agresivo o el exceso en la legítima defensa.

3. Desde su papel de ciudadano el autor ya se habría corresponsabilizado en establecer las condiciones de su libertad; de modo que se relaciona con el ordenamiento jurídico como su destinatario, pero también como su sustento¹⁶. Tradicionalmente las teorías de la pena se han basado en la primera de estas dos relaciones, como si las consecuencias jurídicas que se imponen al responsable de un delito fueran algo que emana de un ente que es por completo ajeno. En cambio, en su condición de corresponsable, como ciudadano habría participado libremente en la decisión de cómo se ha de reaccionar (de donde se obtiene en definitiva la legitimación de la pena), también para el caso que él mismo fuera el imputado, de modo que con su propio castigo se le honraría como ser racional.

a) En cierto modo esto puede explicar que la implicación como ciudadano va más allá del compromiso de reparación a la víctima. Es evidente que *sólo* ésta (la reparación) no es el fin del Derecho Penal; es más, ni siquiera se señala como fin principal en las concepciones tradicionales

¹⁵ PAWLIK, ob. cit., p. 77 y s.

¹⁶ PAWLIK, ob. cit., p. 82.

del Derecho Penal: como principio, no se enerva la responsabilidad penal con la satisfacción a la víctima; primero, porque contadas veces sería esto posible –p. ej. en algunos delitos contra el patrimonio–; y segundo, porque aunque en el concreto caso la víctima y su entorno se sintiera compensada, permanece la dimensión supraindividual del significado de lo injusto del ciudadano. La legitimada posibilidad de sancionarlo con pena se debe, en la concepción de PAWLIK sobre todo, a la identificable infracción de deberes de lealtad con la colectividad, y que conjuntamente cuantifica lo injusto¹⁷. El específico injusto penal ha de ser entendido así como el injusto del ciudadano; en cuanto lesionaría no sólo su deber frente a la concreta víctima, sino también el compromiso de lealtad con el conjunto de la ciudadanía en cuanto al restablecimiento del Derecho –como derecho de la sociedad misma y de cuantos en ella se integran–.

b) Por lo mismo, la ejecución de la pena también tendría que ser respetuosa con el papel de ciudadano del autor. Debería ser, pues, un derecho del ciudadano la materialización del compromiso de la sociedad en ofrecer las posibilidades de resocialización a través de la ejecución de la pena. Con referencia a NOLL, se destaca que la comunidad no puede esperar que el delincuente reconozca y acepte su responsabilidad cuando se incumplen los deberes que se habían contraído¹⁸ con él.

IV.

1. Con este empeño en la búsqueda de una *propia* legitimación de la pena, PAWLIK no quiere quedarse en una “concepción mitológica”, sino que la vincula a la función del restablecimiento del Derecho (ya también como derecho del ciudadano). A mi juicio merece también especial interés su llamada de atención sobre la importancia del propósito de obtener la que identifico como una “propia” teoría de la (legitimación) de la pena. Aunque para ello no le sea posible distanciarse demasiado de la más general legitimación del Estado, como el propio PAWLIK concede empezando por sus iniciales referencias a HOBBS, y acabando en la noción de ciudadano corresponsabilizado como soporte central de su construcción. El aseguramiento de la libertad es la razón polivalente que reclama tal compromiso, racional y consciente; con lo cual conseguiría reforzar la explicación de que la pena pueda ser concebida también como derecho del autor del delito. Pero mucho me temo que, como HOERSTER ha caricaturizado, no cabe esperar tal compromiso del delincuente no-hegeliano¹⁹, ni siquiera para que cumpla con la útil obligación de participar activamente en su resocialización²⁰.

2. Sin embargo, igual que la pena ha de contar con el presupuesto del delito también parece que la teoría de la pena necesita de la teoría del delito; valga como constatación el puente que entre

¹⁷ PAWLIK, ob. cit., p. 90 y ss., especialmente p. 92.

¹⁸ PAWLIK, ob. cit., p. 94.

¹⁹ Ob. cit., p. 713.

²⁰ Cfr. PAWLIK, ob. cit., p. 94 y s.

ambas se tiende, con inspiración en la concepción de *Jakobs*, con el significado que se da a la idea de imputación.

Por lo demás, de la misma manera que la teoría del delito tiende a asegurar la corrección de la solución al problema de *qué* y *cómo* ha de ser considerado delito, la teoría propia de la pena debe perseguir dos respuestas a la única pregunta de *por qué* castigar: una, que desentrañe las razones de *por qué* reaccionar *contra* el delito; la otra, que argumente *por qué* esa reacción ha de ser precisamente una pena. En ello va también la posibilidad de deshacer la aporía de que si la pena es un mal (para la persona a la que se le impone, acaso para su entorno afectivo, y para la sociedad en cuanto puede dificultar su reparación y tener que soportar el coste de su ejecución), entonces qué la legitima.

3. Es asumible la separación kantiana entre los conceptos de finalidad y legitimación de la pena²¹, y con ello el reconocimiento del déficit de argumentos “propios” de éste último. Pero la evidente interrelación entre ambos conceptos sigue manteniendo a flote, aun con escasos argumentos propios, la legitimación democrática de la pena. La prueba está en que incluso las tesis del restablecimiento del Derecho como derecho resultante de la interacción entre el ejercicio de deberes de lealtad, y de la garantía del disfrute de la libertad de los ciudadanos, que PAWLIK esgrime, pueden transformarse en algo reconocible como la finalidad (de la pena), que no acaba de desprenderse de su utilidad preventiva. Considérese si no: 1) si la pena, innegablemente vinculada al delito (que sanciona), seguiría siendo legítima desprovista de toda finalidad preventiva; y 2) si toda pena, acaso desatada de cualquier exigencia de proporcionalidad, quedaría legitimada por su incontestable utilidad preventiva. Aceptar una u otra cosa, me parece, sería legitimar la crueldad, que no otro sustento puede tener que la tiranía. Y es de lo que justamente PAWLIK intenta distanciarse.

Bibliografía

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre [des Verbrechens]*, 2ª ed., Berlin-New York, 1991.

- “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischen» Prinzipiendenken“, en ZStW 107, 1995.
- “Strafe muß sein! Muß Strafe sein?“, en KODALLE (Hrsg.), *Zur gegenwärtigen Straftheorie*, Würzburg, 1998.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, 1996.

LESCH, Heiko Hartmut, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, 1999.

PAWLIK, Michael, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, 1999.

²¹ V. al respecto LESCH, ob. cit., p. 32 y ss.

– *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin, 2002.

– “Strafe als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit?”, en JoJZG 1, 2007.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*, I, 4^a ed., München, 2006.

VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23^a ed., Berlin, 1921.

WELZEL, Hans, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, Berlin, 1958.