

La fuerza de lo normativo *

Pablo Sánchez-Ostiz

Universidad de Navarra

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. La fuerza de lo normativo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2024, núm. 26-12, pp. 1-40.
<http://criminet.ugr.es/recpc/26/recpc26-12.pdf>

RESUMEN: Los enunciados jurídicos emplean expresiones de carácter empírico o fáctico; a su vez, en Derecho se recurre al empleo de lo empírico o fáctico (pena, reproche y acusación) para hacer valer las normas. En este sentido, puede hablarse de «la fuerza fáctica de lo normativo». Así como en el primer caso no se plantea especial dificultad porque es una metáfora empleada por su expresividad, en el segundo se plantea cómo legitimar el recurso a medios fácticos que causan dolor y sufrimiento a las personas. Se concluye en que podría legitimarse por ser el Derecho propio de seres que pertenecen tanto al mundo de la causalidad (lo empírico, fáctico o físico), como de la libertad (lo comprensivo, valorativo o axiológico).

PALABRAS CLAVE: normativismo, empirismo, facticidad, explicación, comprensión, dolor penal.

TITLE: **The force of the normative**

ABSTRACT: Legal statements use expressions of an empirical or factual nature; furthermore, in Law the use of the empirical or factual (punishment, reproach and accusation) is used to enforce the rules. In this sense, we can speak of "the factual force of the normative". While in the first case no particular difficulty arises because it is a metaphor used for its expressiveness, in the second case the question arises as to how to legitimize recourse to factual means that cause pain and suffering to people. It is concluded that it could be legitimized because the Law is proper to beings that belong both to the world of causality (the empirical, factual or physical), and of freedom (the comprehensive, evaluative or axiological).

KEYWORDS: Normativism, Empiricism, Facticity, Explanation, Understanding, Pain.

Fecha de recepción: 15 enero 2024

Fecha de publicación en RECPC: 25 abril 2024

Contacto: pablosostiz@unav.es

SUMARIO: 1. La «fuerza fáctica de lo normativo». 2. Los instrumentos fácticos al servicio de lo normativo. 2.1. Las funciones del lenguaje comprensivo. 2.2. El dolor penal. 2.3. El reproche de culpabilidad. 2.4. La acusación. 2.5. Consideración final. 3. Sobre la legitimación del recurso a instrumentos fácticos en el Derecho penal. 4. Conclusiones. Bibliografía.

* El texto básico de esta investigación fue elaborado durante una estancia en la Goethe Universität de Fráncfort d.M. en el verano de 2022, gracias a los auspicios, una vez más, de la Fundación Alexander von Humboldt. Agradezco especialmente las múltiples conversaciones mantenidas entonces con José Ignacio Destéfanis, así como las sugerencias y críticas recibidas de los profesores Alejandro Chinguel, Rafael Domingo, Elena Íñigo, Mario Pereira, Rosario Nougués, Fernando Simón Yarza.

Es frecuente referirse al Derecho como el medio de reducción de la violencia. Se trata de la visión que confía al Derecho el mantenimiento de la paz a través del uso controlado de la fuerza. Se admite así que el Derecho cuenta –ha de contar– con cierta dosis de fuerza para evitar males mayores de violencia informal, incontrolada. Eso pasaría por el monopolio de la fuerza y su reducción a lo necesario y por medios formales. Derecho y fuerza se hallan así unidos¹, al menos en una larga tradición de pensamiento de nuestras sociedades². Es más, la reacción por el delito cometido supone aplicar un mal, dolor, sufrimiento merecido en la medida de la culpabilidad³.

El objetivo de estas páginas es revisar hasta qué punto lo normativo requiere de lo empírico⁴, es decir, si el Derecho necesita del recurso a la fuerza. A la vez, se cuestiona el sentido de referirse a la «fuerza fáctica de lo normativo»: palabras que transmiten una contundente expresividad fuera de dudas, pero que encierran también una contradicción, puesto que lo normativo escapa a realidades físicas como lo es la fuerza. Más allá de esta expresividad intencionalmente buscada, se trata de ver en qué medida el Derecho sigue siendo tal aun empleando lo empírico (violencia, fuerza, coerción, dolor...) o incurre en una contradicción.

¹ En el planteamiento kantiano, la libertad («Freiheit der Willkür») de cada uno ha de ser compatible con la libertad de todos según una ley universal (cfr. KANT, 1803, p. 230); de lo contrario, ha de poder oponerle el Derecho: al Derecho se halla unida la facultad de oponerse coaccionando («zu zwingen») a quien lo infringe (*ibidem*, p. 231); es más, el Derecho es visto no raras veces como regulación del uso de la fuerza. Desde otro punto de vista, la legitimación del Derecho oscila entre el reconocimiento de los ciudadanos y el ejercicio del poder, esto es, entre reconocimiento y coacción física (cfr., por todos, RADBRUCH, 1973, pp. 172-173).

² Va todavía más allá FERRAJOLI, 2007, pp. 195-204, cuando expresa: «Podemos afirmar, de hecho, que todos los derechos fundamentales son configurables como derechos a la exclusión o a la reducción del dolor» (p. 195), y añade (pp. 195-196): «toda la historia del derecho moderno puede ser leída como la historia del desarrollo, en formas siempre más complejas y articuladas, de la estructura institucional de la esfera pública como sistema de respuestas a estos dos tipos de dolor o de males» (*sc.*: la dualidad entre dolor sufrido y dolor infligido, distinción señalada por NATOLI). Cfr. FERRAJOLI, 2011, núm. 23-35, *passim*.

³ Cfr. la definición de Derecho penal como «infligir dolor» de la que parte KANT, 1803, p. 331: «Das Strafrecht ist das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen seines Verbrechens mit einem Schmerz zu belegen» (r.o.).

⁴ Como se ha expresado en otro lugar, es preciso distinguir entre el lenguaje comprensivo y el lenguaje explicativo (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2019, pp. 25-59, 48); el primero, a su vez, admite usos diversos: normativo, valorativo y adscriptivo; mientras que el segundo, respectivamente, admite el uso descriptivo, fáctico o conectivo (cfr. *ibidem*). En este texto se dan por supuestas aquellas distinciones, con los matices también allí expresados. Cfr. además SÁNCHEZ-OSTIZ, 2022, 147-171; 2023, pp. 373-411.

Tras esta breve presentación, me adentro en el significado y sentido de la fuerza de los enunciados normativos (1.), para pasar después a centrarme en tres instrumentos habituales en los que se pone de manifiesto lo empírico o fáctico en Derecho penal: la pena, el reproche de culpabilidad y la acusación en el procedimiento penal (2.). Al final, esa «fuerza de lo normativo» conduce a la cuestión clave de si es posible legitimar, y cómo, el recurso a medios que causan sufrimiento y dolor físico y/o psíquico a las personas (3.).

1. La «fuerza fáctica de lo normativo»

1. Es ya un lugar común referirse a la idea de «fuerza normativa de lo fáctico», cuyo origen se remonta a Georg Jellinek (1851-1911); en concreto, a su *Allgemeine Staatslehre*⁵. Expone allí cómo el Derecho surge de la repetición continuada de prácticas y conductas, hasta hacerse «normal», convertirse en moda y costumbre, y después en norma jurídica. Para Jellinek, lo fáctico es la base psicológica del Derecho^{6,7}, el cual surge de la conciencia de la auto-obligación⁸. Es entonces cuando se plantea la expresión de la «normative Kraft des Faktischen»⁹, cuyo uso se ha extendido. A juzgar por cómo se ha generalizado¹⁰, podría afirmarse que la expresión de Jellinek ha hecho fortuna. Aquí, sin embargo, no se va a insistir más en esa idea.

⁵ JELLINEK, 1960, que es la edición que aquí se emplea. Al respecto, cfr. MÖLLERS, 2011, pp. 14-17; y GRIMMER, 1971, p. 12. En la *Allgemeine Staatslehre* se refiere a la doctrina o teoría general del Estado social, y eso después de sentar las bases metodológicas y conceptuales (libro primero) y antes de adentrarse en la doctrina del Derecho del Estado (libro tercero). El capítulo undécimo concluye el libro segundo con una referencia a las relaciones entre el Derecho y el Estado, a cómo son y operan sus normas (pp. 332-337). Opta entonces por fundamentar el Derecho, no en razones metafísicas, sino como fenómeno subjetivo, esto es, como manifestación psicológica, del interior del ser humano (p. 332). Una vez expuesto someramente su concepto de norma jurídica (pp. 332-337), afronta algunas «cuestiones singulares» que se presentan como necesarias para enfocar su visión del Derecho del Estado y que vienen a cerrar el libro segundo y dar paso al último (cuestiones estas que tienen, en opinión de MÖLLERS, p. 15, el carácter de obrar como introducción a la doctrina del Derecho del Estado, de la «Selbstverpflichtungslehre»).

⁶ Así lo resalta PAULY, 1996, pp. VII-XXX, XVI.

⁷ Cabría cuestionarse si este punto de partida del Derecho en lo psicológico encierra una falacia naturalista (o una falacia sociológica: lo que rige *de facto* deviene en Derecho), una cuestión que dejamos ahora aparte.

⁸ Sin embargo, ese contenido no expresa todo lo que en la dogmática jurídico-penal cabe asociar al término y concepto de «auto-obligación». En su visión, lo jurídico a partir de la facticidad. Llegará a decir que «todo Derecho en un pueblo originariamente no es más que ejercicio fáctico» (JELLINEK, 1960, p. 339). Y la continuidad de su práctica atestigua nuestra representación de que ese ejercicio es conforme a la norma; la norma misma se muestra entonces como dotada de autoridad en la sociedad, es decir, se nos presenta como norma jurídica (cfr. *ibidem*). Después se centra en que esta visión viene a confirmar y apoyar la teoría del Estado (p. 341), en cómo la constitución real de un Estado difiere de la escrita (*ibidem*) y, sobre todo, en que del poder («Macht») social deriva la dependencia del dominio («Herrschaft») estatal (cfr. MÖLLERS, 2011, p. 16).

⁹ *Allgemeine Staatslehre*, 1914, pp. 337-344, 338. Frente a esta fuerza normativa de lo fáctico, ya en su momento se criticó a JELLINEK su carácter unilateral, para proponer también una fuerza normalizadora de lo normativo: cfr. HELLER, 2004, p. 288.

¹⁰ Incluso podría tener relevancia en la doctrina jurídico-penal, por ejemplo, a efectos de la adecuación social, o el riesgo permitido, como expresión de conductas asentadas y generalizadas que pueden crear la conciencia de su propia obligatoriedad (o de su permisión para obrar). Pero no se abundará aquí en ese sentido.

En cambio, se utiliza para invertirla y mostrar cómo los enunciados y construcciones normativas emplean medios o instrumentos de carácter empírico o fáctico. Concretamente, porque las normas y los conceptos definidos por normas son eficaces, producen efectos perceptibles; como también, porque los enunciados jurídicos recurren a la causación de efectos físicos (dolor, sufrimiento, ruptura...). Podría hablarse así, para ambos casos, de «la fuerza fáctica de lo normativo»¹¹. A pesar de todo, la expresión es algo más que un pretexto, una figura retórica o un acertado binomio conceptual. Tiene relevancia en una doble dimensión: i) una de carácter *expresivo*: el Derecho penal recurre a términos empíricos por su capacidad de significado (párr. 2); pero también, y sobre todo, más allá de esta finalidad, presenta ii) una dimensión de contenido material, ya que lo propio del Derecho penal sería causar dolor o sufrimiento (párr. 3), y no podría eludir hacerlo. En el primer caso, podríamos referirnos a la *expresión de lo normativo a través de elementos empíricos* (i), y en el segundo al *ejercicio del Derecho por medios empíricos* (ii). Con otras palabras: que con el Derecho penal se busca la máxima expresividad, y además se ejerce causando efectivamente dolor y daño. Es esta segunda dimensión la que interesa de modo particular en estas páginas, sin perjuicio de que a continuación se abunde ahora en la función expresiva.

2. i) En cuanto a los efectos expresivos, entiendo que en Derecho recurrimos a expresiones de carácter físico o empírico, porque poseen gran capacidad descriptiva para plasmar enunciados normativos¹². Y es que la emisión y uso de tales enunciados en un contexto social determinado despliega efectos de gran alcance expresivo –hasta aquí, algo normal–; incluso les asociamos efectividad física –algo, sin embargo, impropio de lo normativo. Así, la publicación de las leyes, el ejercicio de facultades de control y sanción, la expresividad de los procedimientos judiciales o administrativos, la publicidad misma que se da al castigo... En definitiva, quiere expresarse que la vigencia y eficacia del Derecho es tanta como la contundencia de la fuerza física. No basta con la débil eficacia del convencimiento o la motivación. En este sentido, frente a lo débil que parece apelar a los valores o lo axiológico como es propio del lenguaje normativo, se busca mayor expresividad e incluso contundencia.

Esta idea de la eficacia empírica del Derecho, de la fuerza que poseen los enunciados y construcciones de orden normativo, se halla presente también en los usos

¹¹ Tomo la idea de FORST; GÜNTHER, 2021, pp. 9-21, 16, quienes invierten el *dictum* de JELLINEK para referirse a cómo las justificaciones y narrativas de justificación de los movimientos políticos recientes producen de hecho efectos de generación de poder, como también de estabilización del dominio (p. 16). La expresión (como mutación de la idea del constitucionalista) se encuentra también en otros autores y contextos actuales: por ejemplo, en temáticas diferentes entre sí, en los trabajos de MEYER, 2013, pp. 1850-1853; LINDEMANN, 2006, pp. 342-347; o TANNER, 2000, pp. 13-27. Sin llegar a ser tan usual como el *dictum* de JELLINEK, no deja de emplearse con el fin de expresar retóricamente cómo la realidad del Derecho se impone en la vida concreta.

¹² Que el Derecho emplea un lenguaje normativo es algo que requiere poca demostración. Cfr. HILGENDORF, 2011, p. 53: «hablar de un "concepto jurídico normativo" es redundante», incluso resulta superflua tal expresión (*ibidem*).

cotidianos del lenguaje. Así, no resulta extraño escuchar, por ejemplo, demandas sociales de que el *peso* de la ley caiga sobre los corruptos, que la justicia se *imponga*, o que impere la *fuerza* de la razón. Estas y otras expresiones parecen transmitir que el contenido de lo normativo tiene cualidades como las tienen los cuerpos físicos: peso, volumen, aristas... Ciertamente se trata de modos de decir cuya ingenuidad corre pareja con la expresividad que se busca transmitir. A nadie se le escapa que la ley no *pesa*, que la justicia carece de *volumen*, o que a la razón le falta *fuerza*¹³.

También más allá del Derecho penal el lenguaje normativo recurre a lo empírico con esta finalidad expresiva. Así, en Derecho civil, cabe pensar en el elemento aparente de algunas servidumbres y, sobre todo, en la usucapión como forma de adquirir la propiedad mediante la posesión pacífica continuada; la misma posesión es algo fáctico a lo que se asocian efectos normativos en cuanto a la propiedad de las cosas a las que se refiere¹⁴. También en el Derecho público percibimos la vigencia de una norma a través de la presencia física de los agentes de policía, el mero aviso de que operan cámaras de grabación, sean reales o no. Es más, los medios técnicos de anticipación de la tutela penal suponen la sustitución de lo normativo –de la libertad y la motivación– por instrumentos técnicos de captación de imágenes y obtención de datos, y su procesamiento con técnicas de análisis para condicionar una respuesta técnica o normativa¹⁵.

Si se atiende al contenido de los términos de la expresión «*fuerza de lo normativo*», parece encerrar un oxímoron, una contradicción. Sin embargo, como se verá, se trata de una contradicción aparente. De entrada, en la medida en que se trata de dos planos diversos del lenguaje (el de la explicación y el de la comprensión)¹⁶, no hay paridad posible entre uno y otro, entre lo empírico y lo normativo. En razón de

¹³ En el lenguaje jurídico abundan expresiones semejantes: *operadores* jurídicos, *fuentes* del Derecho, igualdad de *armas*, etc. Se trata una vez más de modos de decir, de metáforas, con el fin de lograr mayor expresividad. Y algo semejante se da también en la terminología jurídica, como cuando nos referimos a la *coacción* del Derecho, la *coactividad*, la *fuerza* pública, o las *fuerzas* parlamentarias. Además, la expresiva terminología de la *fuerza* no es ajena a la dogmática jurídico-penal. No en vano se emplean expresiones como «dolor penal» y «reproche», que apelan a la sensibilidad, a la vergüenza y el sufrimiento, a algo físico o psíquico. La misma expresión «pena» no puede eludir el significado de sufrimiento como algo esencial al concepto. También el lenguaje vulgar se refiere a la metáfora de la *gravedad* de las conductas, como si de una magnitud física se tratara; o recurrimos a expresiones como *energía* criminal, *riesgo* permitido. Podrían proliferar los ejemplos de expresiones fácticas empleadas para referirse a construcciones o instituciones jurídicas, esto es, a realidades de carácter normativo. De momento, basten estas para poner de manifiesto cómo resulta común emplear términos de significado empírico o fáctico para dotar de expresividad a lo normativo.

¹⁴ Al respecto, cfr. HERNÁNDEZ GIL, 1980, p. 27: «La posesión es la más fáctica y tangible de las situaciones consideradas por el derecho»; y GARCÍA VALDECASAS, 1987, pp. 11-12, quien expresa: «Se puede definir la posesión como un poder de hecho sobre una cosa. La posesión consiste en el hecho mismo de ese poder, independientemente de que se ajuste o no a derecho. Así pues, la posesión es, ante todo, un hecho y, como tal, se distingue del derecho. Pero un hecho al que el ordenamiento jurídico atribuye importantes efectos jurídicos. [...] Conviene tener siempre presente la existencia de ambos aspectos, fáctico y jurídico, en la posesión. Generalmente el derecho de posesión no puede existir sin el soporte del hecho de la posesión.»

¹⁵ No resulta extraño anunciar un mal físico o un riesgo («¡cuidado con el perro!») como medios para recordar la vigencia de la norma (la privacidad o la propiedad). El fenómeno es antiguo (*cave canem!*).

¹⁶ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, 2019, pp. 42-51.

que lo normativo no soporta la referencia a algo físico, esto no resulta idóneo para emplearse en un lenguaje comprensivo. Pero también cabe constatar cómo a menudo recurrimos al lenguaje explicativo (fuerza, energía...: lo empírico) por su expresividad, frente al del comprensivo (sentido, valoraciones...: lo normativo). Y eso, aun a riesgo de contradicción¹⁷. El lenguaje cotidiano, así como el técnico jurídico-penal, emplea con cierta profusión asociaciones de ideas que igualmente merecen la crítica de encerrar contradicciones. Con todo, su uso habitual podría aceptarse como fruto de una licencia retórica, un uso impropio, para lograr expresividad. El lenguaje admite estas y otras licencias, modos de decir, cuya contradicción se supera por el contexto o se justifica por haber sacrificado la precisión conceptual en aras de la expresividad eficaz (y efectista). También afirmamos que el sol sale, los sentimientos traicionan o el virus es malo. En buena medida, la capacidad expresiva del lenguaje consiste en transmitir más con menos. Y ahí es donde los tropos vienen a aportar gran ayuda. Podría decirse que la expresión «fuerza de lo normativo» es uno de esos casos: consiste en una metáfora, esto es, una asociación de dos términos que guardan cierta similitud (fuerza y eficacia), hasta el punto de que uno, el impropio, se emplea por el otro, el propio (fuerza en lugar de eficacia). Paralelamente, se aprecia algo similar en otras expresiones normativas mediante elementos empíricos. Así, al designar enunciados del lenguaje comprensivo –sean normativos (el asesinato exige los elementos de...), sean valorativos (este caso es de asesinato y no de homicidio), o sean finalmente adscriptivos (eres culpable del asesinato de...)- mediante términos del lenguaje explicativo es algo que podría aceptarse sin riesgo de confusión. Es más, no resulta extraño referirse al asesinato como «una muerte», algo empírico, por más que nos interese el matar más que el morir; o que se trata de «un asesinato como una casa»; o que «el asesino es cruel como una hiena». También nos parece asumible en otros casos y sectores. Cuando empleamos así el lenguaje, no hay especial problema puesto que, y en esa misma medida, somos conscientes de que se trata de una licencia retórica¹⁸. En definitiva, se trata de una aparente contradicción.

¹⁷ Algo semejante podría decirse de una expresión que empleo en otro lugar (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2023, pp. 373-411): «el valor de lo empírico», por cuanto lo empírico no centra bien con lo valorativo, los valores con los datos físicos.

¹⁸ Como tal licencia, la fuerza de lo normativo viene a expresar que los enunciados de tal carácter gozan de vigencia y validez indiscutibles; es más, que prevalecen y se imponen con la misma eficacia de la gravedad de lo corpóreo, la solidez de un objeto rocoso, o la contundencia de un instrumento que golpea. Cuando se afirma, por poner un ejemplo, que se espera que todo el peso de la ley caiga sobre los corruptos, se está intentando expresar que es deseable que sean castigados, pase lo que pase, y además con severidad; y se transmite con cierto éxito. Es algo que forma parte de nuestro modo de expresarnos. En buena medida, el lenguaje es un instrumento a merced del hablante, quien le imprime una determinada intencionalidad. Mientras el destinatario participe de ese mismo universo de significado, es posible el entendimiento. Esto no supone, sin embargo, que el lenguaje propio de un ámbito comprensivo, como es el Derecho, se «desnormativice» y se transmute en lenguaje explicativo, propio de un saber científico-natural. A la inversa, sucede, y no raras veces, que nos referimos a realidades físicas con un lenguaje normativo, como cuando hablamos de la «ley de la gravedad», o decimos que «la naturaleza tiene sus leyes». Se trata de expresiones en las que los modos de decir, posiblemente retóricos en su origen, hayan adquirido vida propia, y términos como «ley» posean también significados no comprensivos, sino que expresen también regularidad o propensión entre fenómenos. En

A fin de cuentas, tanto el lenguaje de los saberes comprensivos (el del Derecho), como también el de los explicativos (el de la física), emplean expresiones adecuadas a la intencionalidad que desea imprimirle el hablante. Esto no es nada extraño, sino el modo normal de operar con el lenguaje. Y lo que transmite la expresión «fuerza fáctica de lo normativo» es que lo normativo se impone de manera indubitable, con la «fuerza de los hechos»¹⁹. Como lenguaje, resulta eficaz y cargado de capacidad de significado²⁰. No veo, por tanto, especial problema en el uso del lenguaje en tales supuestos. Lo afirmado hasta aquí explica el recurso a expresiones propias del lenguaje empírico al servicio del lenguaje normativo (dimensión expresiva: i).

3. La dimensión ii) de contenido material, o de ejercicio del Derecho por medios empíricos (violencia, por ejemplo), presenta mayores problemas, por lo que requiere un análisis más detallado. En esta materia ya no se trata de una licencia expresiva en el uso del lenguaje, sino de legitimar la irrogación de sufrimiento a unos sujetos por otros. De entrada, se podría afirmar que ciertos elementos empíricos o fácticos tienen eficacia regulativa. Es decir, que recurrimos a causar efectos físicos con una pretensión normativa. Así, y sobre todo, la pena: el dolor y sufrimiento que encierra es algo fáctico, empírico, físico o psíquico²¹. Y se asume y acepta asociada a una ley, como si esta legitimara la relevancia de los efectos pretendidos: porque tutela la vida social frente a las conductas más graves. Se trata ahora de los efectos negativos en términos fácticos o empíricos para las personas (el sufrimiento). Más aún: de aplicar violencia, dolor y sufrimiento sobre la persona. Ciertamente las penas se concretan en la aplicación de una restricción coactiva de la libertad (de manera paradigmática, hoy en día la pena privativa de libertad). Y mucho más lo es la pena de muerte: aquí, lo normativo acaba plasmándose en el cuerpo y vida de una persona, y todo ello trans-

este sentido, referirse a «Derecho natural» o «ley natural» supondrían a su vez un oxímoron, puesto que lo empírico y natural no se entiende con el lenguaje de lo normativo. Pero, como también en los otros casos mencionados, se trata de una licencia estilística. La manera de «deshacer» el oxímoron, de someter a una crítica que desvele el verdadero significado comprensivo que se oculta bajo tales expresiones ambivalentes, es ajustar los términos empleados y *normativizarlos*, o en cambio *desempirizarlos*. Así, la «fuerza de la ley» no significa más que su inevitable vigencia y eficacia; y «Derecho natural» significa, no el Derecho del medio ambiente, sino el propio de sujetos racionales, esto es, referido a la racionalidad, lo cual indica ya algo comprensivo, normativo, y no empírico o natural.

¹⁹ Recuérdese que Kant se refiere a lo moral como un hecho de la razón, como un «Faktum der Vernunft», esto es, como una realidad percibida como palmaria e innegable: cfr. GONZÁLEZ, 1999, p. 29. Es curioso, sin embargo, que el término «Faktum» o el de «fáctico», que proviene de un verbo de acción (*facere*), sea empleado para designar lo empírico, lo fáctico. En todo caso, es preciso reconocer que el sentido que han adquirido términos como «Fakt», «fáctico», «de hecho», o (en inglés) «facts» es el de un dato indiscutible.

²⁰ En buena medida, la referencia a objetos materiales tangibles y perceptibles tiene «fuerza de orientación», en expresión de KELLER, 1995, pp. 462, 494.

²¹ Pero no solo para las sanciones jurídicas. También el seguimiento de la norma va asociado a elementos psicológicos (emociones, por ejemplo) que aseguran su cumplimiento, y que ponen de manifiesto la pertenencia del sujeto humano, simultáneamente, al ámbito de lo físico y de lo normativo. Cfr. la idea en AXELROD (1986), «An Evolutionary Approach to Norms», *American Political Science Review* 80, pp. 1096-1111; ID. (1997), *The Complexity of Cooperation: Agent-Based Models of Competition and Collaboration*, Princeton (Nueva Jersey), *apud* FUKUYAMA, 2000, p. 233 y n. 39, en p. 239.

mite un significado a quien la sufre, como también –en diversa medida, por supuesto– a quien la percibe. Con razón podría hablarse entonces de la «fuerza fáctica de lo normativo»: de cómo una sanción jurídica se plasma en una terrible aplicación de medios físicos sobre el cuerpo o los movimientos de la persona. A esto me refiero con la expresión que lleva por título esta contribución. Y eso se podría aplicar también a otros efectos físicos en los que se plasma lo normativo: sin ir más lejos, el reproche de culpabilidad o las restricciones de la libertad que el proceso contiene. Se trata ahora de la expresión de lo normativo, no con palabras, sino mediante daño y sufrimiento. O también, de causación de males empíricos con fines comunicativos²².

Como sucedía en cuanto a la faceta expresiva –no solo en Derecho penal, sino también en otros sectores del ordenamiento–, se percibe el *ejercicio del Derecho por medios empíricos*, esto es, el recurso a instrumentos fácticos o empíricos con el fin de transmitir sus contenidos normativos. No siempre se trata de algo aflictivo, pero sí de algo empírico que comunica lo normativo: la vigencia de una pretensión jurídica. Así, por una parte, en el Derecho privado, instrumentos como la ejecución forzosa vienen a producir un efecto físico con una pretensión normativa. En ámbitos del Derecho administrativo se constata también esta práctica: me refiero, por ejemplo, a la expropiación forzosa en la medida en que, transcurrido el procedimiento, no hay alternativa posible a la pérdida de la propiedad. También el Derecho penitenciario, por otra parte, recurre a medios fácticos para ejercer y desplegar una pretensión normativa: el propio lenguaje de la dura arquitectura carcelaria (lo estético parece estar reñido con la gravedad de las penas)²³.

Más arduo, sin embargo, resulta razonar y justificar que, entre esos efectos empíricos o fácticos de lo normativo, se requiera *precisamente* causar dolor y sufrimiento a las personas²⁴. Esta referencia al dolor penal, como también al reproche de la culpabilidad, o al procedimiento contra el culpable, ponen de manifiesto cómo el sufrimiento humano es empleado como medio de ejercicio de algo normativo. Lo normativo se ejerce causando dolor. Hay algo de escandaloso en este modo de proceder que hace imperioso dar con una justificación suficiente que legitime tal intromisión²⁵. A abundar en estas ideas se dedica lo que sigue.

²² En este punto conviene diferenciar expresión y comunicación: cfr. DUFF, 2001, pp. 79-80, quien parte de que la *comunicación* requiere alguien a quien dirigirse como agente racional, más allá de la mera *expresión*. En la medida en que la pena como sufrimiento se dirige a un agente racional al que, en ese mismo acto de sancionar, se reconoce como interlocutor, como agente racional, situaría el fenómeno del dolor penal en el ámbito de la *comunicación* y no solo de la *expresión*.

²³ Y cuando se emplean medios tecnológicos de cumplimiento de algunas sanciones (por ejemplo, de alejamiento o de localización), se recurre a penas cuando estos fracasan. Sobre la ejecución de penas mediante procedimientos tecnológicos, cfr. arts. 468.3 CP («Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas»); y 86.4 del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

²⁴ A pesar de que el modo de operar del Derecho penal se halle asentado, es preciso tomarse en serio el problema de la legitimación del reproche de culpabilidad emitido por una instancia estatal: HÖRNLE, 2013, p. 41.

²⁵ En este sentido, resulta sintomático que, cuando JAKOBS, 2006, pp. 99-114, concluye su análisis de la

2. Los instrumentos fácticos al servicio de lo normativo

2.1. Las funciones del lenguaje comprensivo

1. Como es propio de los saberes jurídicos, por principio, los medios con los que cuenta el Derecho penal para cumplir sus fines son de carácter normativo²⁶. El legislador, como el juez o el funcionario público, aspiran a influir sobre las conductas de los ciudadanos, a quienes valoran, juzgan e imputan responsabilidad; y todos aspiramos a influir en las conductas ajenas mediante sugerencias, proposiciones y otros enunciados, así como a medir o valorar sus conductas, y atribuirles responsabilidad²⁷. Se trata de operaciones de comunicación entre sujetos racionales²⁸. Los instrumentos para ello son los propios del lenguaje comprensivo, esto es, el de seres que cuentan con la libertad.

Y es precisamente en esas operaciones de comunicación donde el Derecho no renuncia a emplear vías, instrumentos y medios propios de lo fáctico o empírico. Lo cual no deja de ser llamativo. Se trata de un dato constatable en los diversos usos o funciones²⁹ del lenguaje comprensivo. Concretamente, me refiero a las funciones: i) de *configuración*, y entonces se recurre a enunciados normativos: prohibiciones, prescripciones, facultades, definiciones...; ii) de *medición*, y entonces se emplean elementos axiológicos de valoración de sus objetos, las conductas, que se entrelazan con las operaciones de interpretación y subsunción: tipicidad, injusto, justificación...; y iii) de *asignación* o conectiva con base en la libertad, cuando formulamos juicios de imputación: conocimiento, voluntad, intención, reproche...³⁰ Volvamos

pena en KANT, ponga en contraste el afán de este por la dignidad y evitar que el hombre sea tratado como lo propio del Derecho de cosas, con la cruda realidad de que acabe defendiendo penas corporales (p. 114).

²⁶ Para HILGENDORF, 2011, pp. 45-62, 47, el lenguaje en este ámbito parece ser al menos muy confuso, por lo que debe señalarse que el uso individual de la palabra «normativo» suele tener sentido, pero la frecuencia de la palabra (identifica hasta 8 significados diversos del término: pp. 59-60) no revela reglas claras sobre su empleo. Hasta el punto de que propone referirse a una «hipertrofia de la normatividad» (p. 47). Aun así, muestra cierta desconfianza ante el recurso a lo normativo: es, por así decirlo, una palabra engañosa, desgastada de tanto uso, pero todavía operativa. Con su ayuda, uno puede deshacerse de incómodas exigencias de racionalidad y, en particular, de los requisitos de justificación sin parecer dudoso (p. 61).

²⁷ Y esto se da en cada uno de los tres niveles de abstracción: tanto en el enfoque filosófico, como el dogmático o el meramente tópico. En efecto, la dogmática jurídico-penal tiene por objeto esas normas y conductas, así como los juicios de valoración o de imputación que de ahí resulten. Y en la praxis cotidiana de la Administración de Justicia se opera con esos mismos enunciados, si bien con un nivel de abstracción propio de la tóptica. Se cuenta aquí con la distinción entre los grados de abstracción que se expone en SÁNCHEZ-OSTIZ, 2019, pp. 50-51; SÁNCHEZ-OSTIZ, 2023, pp. 398-403; cfr. también SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 27, 54-61.

²⁸ Cfr. *supra*, n. 22, a propósito de la distinción entre expresión y comunicación.

²⁹ No es infrecuente percibir cómo en el lenguaje se entrecruzan estas tres funciones (de configuración, medición y asignación). La propia definición de delito como «conducta típicamente antijurídica, culpable y punible» combina las tres funciones, pues es *definición* y apela a normas; normas que dan pie a *valorar* la conducta como típicamente antijurídica; la cual se *imputa* como culpable. A su vez, su carácter de «punible» hace referencia al título que faculta a imponer y aplicar una pena.

³⁰ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, 2023, pp. 375-379, en donde trata de estas tres clases de enunciados, pero del lenguaje explicativo, basado en la causalidad. Adoptando dicha tripartición, ahora se exponen las tres mismas funciones, pero del lenguaje comprensivo. A su vez, ambos se hallan descritos en SÁNCHEZ-OSTIZ, 2019, pp. 42-49.

con más detalle a dichas tres funciones, para comprobar cómo en ellas se entrelazan elementos fácticos o empíricos.

2. Empleamos el lenguaje comprensivo cuando recurrimos a prohibiciones, prescripciones o permisiones, es decir, cuando emitimos normas. La norma presupone la libertad del destinatario, el poder seguirla³¹. El lenguaje comprensivo despliega entonces una función i) *de configuración* de la realidad contando con la libertad. De esta manera, entonces recurrimos a enunciados que aspiran a influir en las conductas de los destinatarios, a través de la motivación (en el sentido de orientado a la decisión del destinatario)³². Y para la motivación recurrimos en algunos casos al castigo y el dolor como medios fácticos al servicio de lo normativo. En las sanciones del Derecho penal está claro, como también lo está en otros ámbitos normativos menos traumáticos: el anuncio del sufrimiento y el dolor, y su efectiva aplicación, se ponen al servicio de la motivación a seguir la norma. Con independencia de si se sostiene una tesis preventivista o una retribucionista, lo cierto es que la norma transmite un mensaje comunicativo, dirigido al destinatario para que actúe en un sentido u otro³³, precisamente por el anuncio de un dolor o mal físico³⁴. Así, la sanción anunciada y su efectiva ejecución *causan sufrimiento con fines normativos*.

En otros casos empleamos el lenguaje comprensivo para valorar y medir las conductas humanas, esto es, con una función ii) *de medición*. También entonces se presupone la libertad del agente. Y también entonces se da el recurso a medios empíricos o fácticos. Así, cuando en la valoración de la conducta como típica empleamos baremos o escalas numéricas que la descripción legal de una conducta ha incorporado (porcentaje de alcohol en sangre, por ejemplo); o cuando se recurre a datos científicos para definir los efectos de los riesgos de desarrollo, y que acaban por determinar el ámbito de la tipicidad³⁵; o bien incluso cuando la adecuación social –por tanto, la atipicidad de una conducta– se deriva de lo imparables de unos usos sociales asentados en «lo que todos hacen», como dato fáctico. También aquí lo empírico opera para transmitir efectos normativos. No opera con igual contundencia que en i), pero no dejan de ser elementos fácticos o empíricos empleados con fines normativos.

Además, en fin, el lenguaje comprensivo recurre en otras ocasiones iii) a juicios de *asignación*: concretamente, adscriptivos o de imputación. Asociamos dos factores en virtud, no de las leyes de la causalidad como hace el lenguaje explicativo, sino

³¹ Sobre la cuestión del destinatario de la norma penal, cfr. ALPACA PÉREZ, 2022, pp. 207-322, 276-286, con referencias.

³² De aquí las reservas que, desde el punto de vista de un ordenamiento liberal, suscita la «sociedad de la predicción» (en expresión de BURCHARD, 2021, pp. 553-579). Cfr. también GÜNTHER, 2021, pp. 523-552.

³³ Y tal efecto se produce tanto en quienes se plantean infringir la norma (disuasión) como en quienes la respetan (refuerzo): cfr. ROBINSON, 2000, pp. 1866-1867.

³⁴ Se trata de una visión generalizada de la norma cuyo cumplimiento se garantiza con una consecuencia negativa o sanción. Pero no cabe desconocer enfoques que plantean y reconstruyen la norma en clave de sanción: al respecto, cfr. los planteamientos de HOYER y STEMMER, criticados por ENGLÄNDER, 2013, pp. 193-207, pp. 198-205.

³⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2022, p. 72.

ahora con base en la libertad (aunque sea posible referirse en tales casos al agente como la *causa libera* de lo realizado, no se trata entonces de un factor causal más, sino de algo diverso, en cuanto basado en la libertad). Dichos juicios, en el caso de la comisión de delitos, llevan consigo el reproche propio de la culpabilidad, y en el procedimiento judicial que se haya arbitrado, la formulación de la acusación. Ambos juicios –de reproche y acusación– llevan consigo la producción de sufrimiento empírico a la persona contra quien se dirigen. Nuevamente lo empírico se pone al servicio del cumplimiento de fines normativos. Aquí, a semejanza de lo indicado en i), se causa un mal como parte y consecuencia de los juicios de asignación.

Llegados a este punto, es conveniente efectuar una precisión terminológica. Resulta relativamente habitual referirse en general a lo normativo³⁶, para designar sin demasiada precisión las tres funciones ahora mencionadas (de configuración, medición y asignación): se trataría de lo normativo en sentido amplio, como sinónimo de lenguaje comprensivo. Y en este sentido se ha empleado en el título de este trabajo. Sin embargo, conviene tener en cuenta que resulta más preciso utilizar el término «normativo» para indicar la primera de esas tres funciones, la de configuración o regulativa.

3. Como se ha expuesto (*supra*, 1, párr. 3), no se trata solo de emplear expresiones de carácter empírico (es decir, de la dimensión formal o expresiva de lo normativo mediante elementos empíricos), sino también de que el Derecho recurre en efecto a esos medios empíricos para hacerse valer (la dimensión material o de *ejercicio del Derecho por medios empíricos*). En este sentido, el Derecho penal inflige dolor y sufrimiento para comunicar la vigencia efectiva de las normas. Los instrumentos penales presentan así una doble faceta aflictiva y comunicativa³⁷, que puede verse como expresión de la imbricación de lo empírico y lo normativo. Este recurso al sufrimiento y dolor penales resulta inquietante: si son seres libres que perciben el lenguaje comprensivo con el que se les trata, ¿por qué castigarles aplicando físicamente dolor y sufrimiento? Si fuera posible emplear mecanismos exclusivamente comunicativos y no empíricos, ¿cómo justificar el recurso a esos medios físicos? La cuestión es entonces si este aspecto fáctico de *dolor y aflicción* podría evitarse para eludir así el

³⁶ Para HILGENDORF, 2011, p. 61, «normativo» es un término engañoso (cfr. *supra*, n. 26), con el que se pretende eludir la necesidad de argumentar racionalmente: se refiere al temor de que sea el modo de encubrir lo arbitrario, más próximo a lo que cabría calificar, siguiendo a SÁNCHEZ-OSTIZ, 2022, como constructivismo.

³⁷ A juicio de SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 20, resulta correcta esta «visión de la pena impuesta como comunicación», pero sin ignorar o relegar la faceta fáctico-aflictiva (cfr. *ibidem*, pp. 115-116); le sigue MONTERO, 2023, pp. 113-133. Es más, considera el plano comunicativo como sustancial, mientras que el aflictivo es accidental (p. 116). La doble operatividad simbólico-comunicativa y fáctico-aflictiva de la pena se pone de relieve cuando se consideran casos límite: así, al plantear que, para delincuentes indigentes, en delitos no naturales (por infracción de deberes naturales), cuando el Estado claramente ha incurrido en una desprotección de la persona, la pena «no puede ir más allá de la manifestación simbólica de su injusto culpable» (p. 111); o también cuando el penado no sienta subjetivamente la pena como sufrimiento (p. 115). Inversamente, en casos de pena natural, la aflicción real y efectivamente sufrida no llega a desplazar el sentido comunicativo-expresivo de la pena estatal (p. 158).

componente empírico de sufrimiento mediante una condena meramente normativo-comunicativa; y en caso negativo, cómo se legitima el recurso a la fuerza para hacer cumplir la norma secundaria.

Se aborda a continuación, analizando separadamente, en concreto, la imposición de una pena (2.2). Junto a la pena, el reproche asociado al juicio de culpabilidad recurre, como parte integrante, a la producción de un efecto físico-psicológico de *reproche* de la operación de imputación (2.3). Además, y asociado con tal reproche, el proceso penal por un hecho lleva consigo la carga *aflictiva* de una acusación contra alguien (2.4).

2.2. *El dolor penal*

1. El principal instrumento por medio del cual el Derecho penal aspira a lograr sus fines es la pena, sea con su anuncio a través de la coerción³⁸, sea con la efectiva ejecución de dicho mal. Así, primero, con la conminación de un mal, y luego infligiendo este. Cuando tal coerción no funciona, infligir sufrimiento viene a ser la manera más eficaz de imponer el Derecho penal³⁹. Se pasa así de la coerción anunciada a la intimidación, y de esta a la coacción efectiva: del influjo sobre la voluntariedad al efecto sobre la volición. La pena es vista como un mal impuesto a quien ha sido declarado culpable de un hecho antijurídico, y por eso mismo la manera de comunicar que el Derecho sigue vigente. Requiere, sin duda, la previa consideración de un hecho antijurídico por un agente declarado culpable. Al juicio de culpabilidad sigue la condena y, si no hay otros factores que lo impidan, consistirá en la imposición de un castigo, infligir un sufrimiento, aplicar una consecuencia que lleva consigo dolor y que transmite un preciso significado⁴⁰: «has obrado mal, infringiendo las normas que constituyen a la sociedad, pero estas son más fuertes que tu disidente voluntad».

2. Como respuesta jurídica a un delito, la imposición de una pena es reafirmación

³⁸ Esto es, mediante la amenaza de infligir un sufrimiento físico y/o psíquico, se condicionan las conductas de los destinatarios, y mediatamente se protegen los bienes jurídicos, etc. Sobre la relación entre las diversas formas de influir en la voluntad, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, 2019, pp. 185-200, quien sostiene que es preciso mantener separadas esas tres formas vías de afectar a la libertad: en puridad, cada una de ellas supone una faceta imperfecta de la libertad.

³⁹ Por su parte, expone NAVARRO-DOLMESTCH, 2022, pp. 171-176, cómo el Derecho penal ilustrado ha aportado una visión humanizadora de la respuesta penal al propugnar la evitación de la crueldad (ha supuesto la superación de penas corporales o la tortura). En su opinión, sin embargo, la humanización del Derecho penal ha de ir más allá, aunque el sistema actual dista de la crueldad propia del Antiguo Régimen (p. 172); conviene evitar enfoques «buenistas» de esa idea de humanización y conectarla con los derechos humanos (p. 173): es en la vinculación con el núcleo esencial de los derechos fundamentales, donde el autor propone un sentido normativo del sufrimiento penal. Este planteamiento humanizador ilustrado no logra, sin embargo, evitar que la pena siga siendo pena, esto es, sufrimiento.

⁴⁰ Sobre el Derecho penal entendido en clave comunicativa, cfr. CALLIES, 1973, pp. 81-82, 97, 155: entiende las sanciones penales en el marco de una teoría del Derecho penal como participación en los sistemas sociales, y concretamente, describe las penas como una variación de las oportunidades de participación social (p. 155). En este sentido, no cabe eludir el carácter aflictivo de la pena, que no puede verse como un concepto neutral en términos valorativos (*ibidem*). En su momento, este planteamiento recibió especial atención por parte de MIR PUIG, 1976, pp. 134-139; ID., 1982, *passim*.

de la norma, y en este sentido se trata de un mensaje con intencionalidad de configuración (cfr. *supra*, 2.1, párr. 2, i]): pretende establecer y reafirmar la norma mediante el ejercicio físico de coacción⁴¹. Como se dijo, y ya que se trata de normas, lo propio sería la configuración a través de la libertad, pero el fracaso de la amenaza punitiva –esto es, de la coerción– da paso a su efectiva aplicación, a infligir dolor al delincuente.

Frente a este planteamiento, podría objetarse que se trata de una particular visión de la pena, de corte moral o ético, pero que no sucede así cuando de una pena jurídica se trata. Sin embargo, esta objeción no puede prosperar, pues la pena, si es tal, consiste en un padecimiento para quien la sufre; afirmar que la pena consiste en un mal es un juicio analítico, con independencia de si es jurídico o ético el planteamiento⁴². Es más, hasta la pena natural –con independencia de si se trata propiamente de una pena⁴³– consiste en un sufrimiento para quien la padece, cuya entidad puede tener relevancia. Podría quizá aducirse en contra también que esta concepción de la pena como mal opera solo en el marco de una posición retribucionista, pero no así en las tesis de la prevención. A mi modo de ver, la lógica de la retribución como también la de la prevención general parten de la base de que se trata de un mal: un mal con el que se devuelve el causado por el delito, o uno con el que se pretende influir positiva o negativamente en el conjunto de los ciudadanos. Sin el castigo, carece de sentido el retribuir por el delito, como también influir relevantemente en otros para reafirmar la norma infringida, o para disuadir de posibles infracciones futuras. Más discutible me parece asumir que la pena suponga sufrimiento para las posiciones preventivo-especiales, en la medida en que entienden la pena como tratamiento o reforma del delincuente. Sin embargo, en la medida en que suponen infligir un mal, por muy suavizado bajo consideraciones de tratamiento, parece difícil eludir su carácter aflictivo. Y quienes nieguen tal aspecto deberían responder a lo que autores como v. Liszt proponían para el delincuente habitual incorregible, como también para el no ocasional pero todavía corregible: la inocuización para el primero; y la resocialización para el segundo⁴⁴. Entiendo que estas objeciones no son suficientes para evitar por superación la cruda realidad de la pena: que constituye dolor y sufrimiento infligido al

⁴¹ Cfr. en ROBLES PLANAS, 2021, pp. 48-53, el enfoque de BINDING sobre la pena como «coacción de demostración» («Bewährungszwang»), como *coacción física* (*ibidem*, n. 150, en p. 53) que demuestra la vigencia del Derecho sobre la pretensión de desobediencia. Cfr. *ibidem*, p. 113.

⁴² Cfr., por todos, FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 545: también en una concepción comunicativa, «la pena conceptualmente es siempre un mal ... siempre es un mal». Como él mismo indica, la «doble dimensión, espiritual y corporal o física, de los destinatarios del mensaje» hace que no pueda darse por suficiente un mensaje sin carga aflictiva (p. 546).

⁴³ Sobre la cuestión de que opere como equivalente funcional de la pena, cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2014, pp. 1-3; también, ahora SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 120, y más precisamente en pp. 128-132, 155-163; RUIZ MIGUEL, 2018, pp. 1-15.

⁴⁴ Cfr. LISZT, 1905, pp. 126-179, 164. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, pp. 182-195, y críticas, en pp. 195-223.

delincuente. De ahí que la cuestión de su legitimación recorra la historia del pensamiento⁴⁵. Ciertamente sigue en pie la tarea de justificar que un ser humano cause dolor –así, *dolor, sufrimiento* físico y/o psíquico– a alguien, por más que sea autor culpable.

En definitiva, pienso que hay razones para continuar sosteniendo que la pena supone un sufrimiento impuesto al delincuente tras el proceso en el que se declara su culpabilidad por la comisión de un hecho antijurídico. Infligir un sufrimiento en tales circunstancias y con estos presupuestos posee una carga expresiva indudable, tanto para el penado y sus allegados (aunque en desigual medida) como para el resto de la sociedad⁴⁶. La pena así entendida, y aplicada, despliega el efecto de reafirmación de la norma, frente a la pretensión del delincuente de relativizarla. Sería necesario suscribir una posición meramente comunicativa sobre la pena⁴⁷, para entender que el mal que la pena trae consigo es solamente «ideal». Podrá discutirse si es reafirmación de la identidad normativa de la sociedad⁴⁸, o de la concreta norma, pero me parece indudable que lo fáctico del castigo sufrido es la manera de comunicar, a sujetos que son *seres que obran con libertad en el mundo de la causalidad*, que la norma sigue

⁴⁵ Como expone GRECO, 2023, p. 418, porque la pena supone precisamente en un «mal», la reflexión sobre su legitimidad es inevitable; cfr. también MONTERO, 2023, pp. 112-147.

⁴⁶ Cfr. en HÖRNLE, 2011, pp. 29-41, las posiciones doctrinales de la pena como comunicación, que admiten diversas variantes: desde las que ven la pena como un acto de reafirmación y transmisión de los valores de la norma, hasta las que se orientan a la comunicación con la persona, sea del autor, sea de la sociedad o de la víctima. Al respecto, cfr. también la exposición y elaborada propuesta que ofrece PÉREZ BARBERÁ, 2014, pp. 1-43. Por lo demás, es importante tener en cuenta el planteamiento de la función expresiva de la pena, en MAÑALICH, 2011a, pp. 50-65, con referencia (pp. 39-42) a FEINBERG, del que discrepa por la deriva preventivo general que parece tener la función expresiva según cuál sea su fundamento, para defender en cambio una «teoría expresivo-retribucionista» (p. 46), o «retribucionismo expresivo» (*passim*); sobre la diferencia de enfoque de la tesis retribucionista (comunicativa) frente a la tesis preventivista (estratégica), cfr. *ibidem*, p. 62. Con todo, FEINBERG, 1965, pp. 397-423, parte de un «reprobative symbolism» (pp. 400, 418-419) que no renuncia a la producción de ciertos efectos preventivos (pp. 404-408, 420), lo que es criticado por MAÑALICH, 2011a, pp. 39-42.

⁴⁷ La posición de JAKOBS sobre la pena ha evolucionado desde tesis funcionalistas preventivistas comunicativo-simbólicas, hacia una visión funcional-fáctica que exige infligir «dolor penal» para que la pena sea tal y las expectativas normativas resulten reafirmadas; y ello, por cuanto el dolor del delito debe llevar consigo infligir dolor penal. Cfr. CANCIO MELIÁ; FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, pp. 27-81; MAÑALICH, 2011a, pp. 44-45. Su posición evoluciona, en efecto, desde las ideas iniciales (*Schuld und Prevention*, 1976), a la expuesta en *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 1997, 2.^a ed., 1999, 3.^a ed., 2008; ID., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, 1996, p. 11, como confirmación de la identidad de la sociedad; para luego concretarse en ID., *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, *passim*. Se habla así de una «recognitivización» en su planteamiento (CANCIO MELIÁ; FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, pp. 28, 51), o de la «irrupción de lo fáctico» (*ibidem*, pp. 53, 56; FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 496; SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 6), o de un «giro fáctico» (SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*, p. 2). Al respecto, cfr. escuetamente, del propio JAKOBS, 2012, pp. 14-15; ID., 2008, pp. 51-52; y FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, pp. 467-502.

⁴⁸ Cfr. PUPPE, 2014, p. 114: la pena ha de suponer un mal para el ciudadano con el fin de que la lealtad al Derecho siga siendo consistente y no una necesidad.

vigente⁴⁹. En este sentido, el (dolor del) castigo no puede deslindarse de la comunicación dirigida al delincuente y al resto de la sociedad⁵⁰.

3. De inmediato cabe plantearse si, en caso de poder lograrse el efecto comunicativo con menos sufrimiento, debería rebajarse este y reforzar en cambio lo primero con otros medios⁵¹; es decir, si fuera posible cumplir la pena con medios como una declaración formal de vigencia de la norma, incluso la promesa del delincuente de no reincidir, etc., ¿por qué no conformarse con esto, sin causar tamaño dolor? Al tratarse de una causación y aplicación de dolor al ser humano, me muestro por principio abierto a evitarlo al máximo posible. Esto es, que, si se puede prescindir de las cotas de peor dolor, procede hacerlo. Incluso si fuera posible prescindir en absoluto, también⁵². Sin embargo, percibo razones de dos clases para considerar inviable tal renuncia a lo aflictivo. Por un lado, una razón sociológica. En efecto, en la situación de nuestras sociedades veo difícil renunciar a lo aflictivo del castigo sin provocar males mayores. Por supuesto que, en el caso de infracciones insignificantes, o en ámbitos de conducta no penales, puede resultar innecesario el recurso al sufrimiento penal; pero en las manifestaciones restantes de la criminalidad no parece factible. Por otro lado, hay una razón de orden antropológico, relacionada con la afirmación de que somos seres que obran con libertad pero sin poder abstraerse del mundo de la causalidad, de que lo normativo no soslaya lo empírico ni lo comprensivo puede prescindir de lo fáctico. Y es que ese carácter espiritual propio de seres con libertad no les sustrae del mundo empírico de la causalidad. A lo largo de estas páginas se insiste en esta idea (cfr. *infra*, 3, párr. 8).

4. Estas consideraciones sobre la pena como mal y sufrimiento aun en los casos en que resulte estrictamente necesaria, no suponen que quede entonces legitimada. En términos descriptivos la pena es un mal, y precisamente es esto lo que exige una legitimación a la altura de su gravedad. Sobre esto volveremos al final (3).

⁴⁹ Como expresa SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 4, la «irrupción de lo fáctico» (el «giro fáctico») en el planteamiento de JAKOBS en cuanto a la pena (cfr. *supra*, n. 47), pone de manifiesto «el reconocimiento de que el Derecho, para ser real, requiere facticidad». Lo cual presupone que la persona es algo más –o menos– que ideal: es real, ser empírico que sufre y causa sufrimiento (cfr. *ibidem*). Para SILVA, p. 5, la integración de esta dimensión fáctica real «en la teoría de la pena –y en la del delito, cabría añadir– es ineludible si se pretende abordar la realidad del Derecho penal. Tan ineludible, como lo es la integración de la dimensión simbólica-expresiva», puesto que «ni el delito, ni la pena, ni sus sujetos se mueven sólo en el plano de la comunicación ideal» (p. 6).

⁵⁰ Sobre el delito y la pena entendidos en clave de comunicación, cfr. PUPPE, 2014, pp. 101-136, quien alerta de la idoneidad relativa de este enfoque (pp. 118-120), como también de sus riesgos (pp. 126, 134-136); cfr. PÉREZ BARBERÁ, 2014, p. 20. Por lo demás, cfr. la posición de DUFF, 2001, *passim*, paradigma de la pena como vía de comunicación del reproche al delincuente.

⁵¹ La objeción ya le fue planteada a JAKOBS, y él mismo abogaba por la necesidad de causar dolor como apoyo cognitivo: cfr. JAKOBS, 2006, pp. 135-143.

⁵² Se refiere GRECO, 2023, pp. 378-432, a la dicotomía entre *singularidad* de la pena (lo esencial y necesario) y *fungibilidad* (lo que puede sustituirse si existen otros medios para lograr sus fines); cfr. *infra*, n. 114; y califica el planteamiento de JAKOBS como propio de este último carácter (pp. 401-402); por lo demás, la «fungibilidad» parece dominante en los planteamientos actuales sobre la pena, aunque sin desaparecer los de corte «singularista».

De momento, podemos asumir que tal sufrimiento se acepta como necesario. De donde es obligado buscar su minoración cuando sea posible. De este modo, encuentran sentido figuras previstas en la legislación penal dirigidas a reducir o mitigar el sufrimiento cuando resulte inútil o innecesario. Ello sería posible siempre que queden garantizados los efectos comunicativos a través de cierta dosis de dolor a la persona⁵³. Así, en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, o el indulto, o en las reglas de atenuación y rebaja de las sanciones: se trata de mecanismos en los que la necesidad de (tanta) pena se pone en duda y acaba evitando la pena o su extensión más grave siempre que quede garantizado el mensaje de vigencia de la norma negada por el delito.

2.3. *El reproche de culpabilidad*

1. Respecto al juicio de culpabilidad del agente del delito, cabe afirmar algo relativamente semejante a cuanto se lleva dicho sobre el dolor penal como instrumento fáctico al servicio de lo normativo. También aquí se trataría de la producción de un sufrimiento al delincuente en cuanto medio para ejercer así lo normativo⁵⁴. El reproche transmite que la conducta realizada no solo no es acorde a la norma (es antijurídica), sino también que se esperaba otra conducta del agente; el cierto sufrimiento que lleva aparejado se emplea para reafirmar la prevalencia de la norma. Como reproche que es, consiste en oponer al delincuente un rechazo frontal que incluye su hecho y a él como su responsable⁵⁵. Se trata de emplear el reproche para expresar que la norma sigue vigente, y para hacerla vigente en efecto⁵⁶. En este sentido, se trata de un mal funcional en cuanto dirigido a reafirmar la norma; y, además, no se pretende solo recordar la valoración negativa de algo (esto se presupone), sino de

⁵³ En el planteamiento de JAKOBS, 2006, p. 13 (cfr. *supra*, n. 47), no solo la pena sino también el hecho de ser una persona necesitan de esa cimentación cognitiva o aseguramiento que haga real su personalidad; de aquí que se pueda firmar que el «giro fáctico» afecta no solo a la pena, sino a la concepción que tiene del Derecho: lo jurídico no puede quedarse solo en el ámbito de lo simbólico, sino que ha de encarnarse en la realidad concreta. Es más, como afirman CANCIO MELIÁ; FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, *ibidem*, p. 56, «la opción por la *dicotomización* –si se permite esta expresión– radical en la teoría de la pena, entre individuo y persona, entre orientación normativa y violencia de la pena, entre finalidad y significado, en fin, es la que explica la posibilidad de la irrupción de lo fáctico» (r.o.).

⁵⁴ La culpabilidad como reproche, y no meramente como algo psicológico, se asocia precisamente a la concepción normativa de la culpabilidad, representada por autores –aunque no solo– de corte neokantiano (FRANK, GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL, entre otros). Cfr. MIR PUIG, 2015, 20/11-17.

⁵⁵ El juicio de reproche sigue a una valoración del hecho como antijurídico y se dirige a su autor. Que al emitirse la valoración del injusto se anticipe el reproche de culpabilidad es algo que no resulta extraño: cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008, pp. 477-478, 489.

⁵⁶ Cfr. el planteamiento en SCHULZE, 2016, pp. 217-243, quien aborda la relación entre vergüenza y culpabilidad. Su origen y uso en lenguaje moral muestran la imbricación entre ambas. Tanto culpa como vergüenza son emociones o sentimientos que resulta difícil deslindar en el ámbito de la autoconciencia (p. 221), pero que no por ello han dejado de interesar a psicólogos, antropólogos, pedagogos o teólogos, por ejemplo (pp. 222-226), y sobre todo a la antropología cultural (pp. 226-235). Remitiéndose a los estudios de la antropóloga Ruth F. BENEDICT (1887-1945), muestra cómo la vergüenza significa e implica culpa. La vergüenza opera como medio para afrontar la culpa (p. 231).

tratar con el delincuente como agente racional y, por esto mismo, capaz de percibir el mal cometido⁵⁷.

2. Cabe adelantar algunas objeciones a dicho planteamiento. Por un lado, que esta visión representa una posición moral de la culpa que no sería adecuada para el Derecho penal⁵⁸. Y así no son pocos quienes huyen de ese enfoque⁵⁹, incluso con la propuesta de superar el uso del término «culpabilidad»⁶⁰. En verdad, si por moral se entiende lo referente a la conducta humana, a la libertad, entonces este enfoque es plenamente moral. Como lo sería también cualquier otro que entienda la culpabilidad desde la libertad –o incluso desde su negación⁶¹, siempre que esto no degenera en tratar a la persona como un objeto y no como sujeto⁶². Que la culpabilidad exprese un juicio de reproche, y esto pueda ser común a otros sistemas morales (ética y religión, por ejemplo), no significa que hagamos del Derecho penal lo que no es; significa solamente que esos diversos órdenes morales se refieren a los mismos sujetos y objetos: seguirán refiriéndose a la vida de seres racionales, al bien y al mal, la voluntad y la responsabilidad, y tantos otros conceptos comunes. Lo que varía es el punto de vista: que se trate de aplicar una consecuencia tan grave como es la pena nos llevará a exigir para el juicio de culpabilidad garantías y requisitos que no proceden en otros órdenes, los cuales por su lado exigirán los que procedan en función de cuál

⁵⁷ En este punto es pertinente la referencia a la posición de DUFF, 2001, pp. 75-130, 197, del castigo penal «como un sistema comunicativo de penitencias seculares». Cfr. también VON HIRSCH, 2016, p. 36: el castigo supone tratar al delincuente como «persona capaz de emitir juicios morales», por lo que la pena es vista como «una comunicación con el autor» (*ibidem*).

⁵⁸ Particular interés reviste a este respecto la propuesta de HÖRNLE, 2013, pp. 49-68, en cuanto que propone evitar el reproche asociado a la culpabilidad, al que tilda de planteamiento clásico e inasumible, para proponer en cambio un reproche basado en la responsabilidad por el hecho antijurídico (pp. 49 y 58), de modo que debería prescindirse de un reproche adicional dirigido contra la persona (pp. 58-59). Cfr. *infra*, nn. 96 y 110). La visión de la culpabilidad que aquí se presenta, como reproche al agente por su hecho antijurídico, no supone efectuar una indebida valoración de su actitud interna, sino que se trata de un juicio meramente jurídico (más en concreto, jurídico-penal) sobre la base de que el agente ha contravenido su ser social al delinquir.

⁵⁹ Para HASSEMER, 1983, pp. 89-107, el principio de culpabilidad sufre una erosión, y en buena medida eso se puede aplicar a la categoría de la culpabilidad (pp. 91-92). Entiende que es un error entender la culpabilidad como un reproche (pp. 101-107).

Para KINDHÄUSER, aunque «lo específico de la pena criminal se halla en un reproche ético-jurídico» (KINDHÄUSER, 2011a, pp. 3-28, 3), «[l]a culpabilidad jurídica no puede implicar un reproche de ceguera racional-moral o de perversión moral» (KINDHÄUSER, 2011b, p. 163); en cambio, «la culpabilidad material es –en una sociedad constituida democráticamente– un déficit de la suficiente fidelidad al derecho que se espera de una persona de derecho respecto del seguimiento de las normas» (p. 166). Al respecto, cfr. MAÑALICH, 2011a, pp. 34-39, quien lo entiende «como un reproche por una falla personal que muestra una falta de sentido de la justicia, de modo tal que ese reproche se expresa en la irrogación del mal en que se materializa la imposición de la pena» (p. 49); es más, en su opinión (cfr. MAÑALICH, 2011b, pp. 115-146), la imposición de la pena se justifica como un reproche institucionalizado por un déficit de fidelidad al derecho (pp. 116, 132).

⁶⁰ Cfr. así, ROXIN; GRECO, 2020: «responsabilidad»; MIR PUIG, 2015, 5/23: «imputación personal»; ACHENBACH, 1991, pp. 134-146, 137: «imputación individual». Crítico con estas mutaciones semánticas, TORÍO LÓPEZ, 1985, pp. 285-301, 290.

⁶¹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, 1976, pp. 57-82.

⁶² Así sucedería en visiones de la pena como inocuización para el delincuente incorregible. Cfr. *supra*, n. 44. Aun entonces se trataría de una posición moral sobre las conductas.

sea la finalidad que se busque en ellos. Por tanto, no me parece decisiva la posible crítica de que la culpabilidad sea vista como un juicio de reproche moral: ni siquiera apelar a otras categorías en sustitución del término y/o el concepto, puede ocultar que en el juicio de culpabilidad se expresa una apreciación negativa sobre la acción del agente⁶³. Cabría afirmar que, analíticamente, al concepto de culpabilidad pertenece que exprese un reproche por lo realizado⁶⁴.

Cabría aún objetar también que la culpabilidad como reproche sería algo propio de planteamientos retribucionistas de la pena⁶⁵. Sin embargo, no me parece criticable esa asociación de ideas, mientras no se precise más la objeción⁶⁶. Pero aun en tal caso, ni el retribucionismo presupone siempre y en todo caso el reproche, pues también sería posible un sistema de castigo formal automatizado de las «desviaciones» aun sin reproche⁶⁷; ni tampoco las posiciones de prevención general tienen por qué eludir el ejercicio de reproche como condición de la pena⁶⁸. Este puede ser visto como un medio, junto a otros, para transmitir socialmente que la respuesta penal es mayor, y peor, que infringir la norma; pero entonces, el reproche adquiere nueva función⁶⁹.

Podría sostenerse en contra también que el juicio de culpabilidad no supone propiamente un mal en comparación con la pena. Sin embargo, tampoco me parece definitiva esta objeción. Eso presupone entender el juicio de culpabilidad como pieza de un procedimiento judicial, comunicativo sí, pero no aflictivo. No me parece deci-

⁶³ Cfr. TORÍO LÓPEZ, 1985, p. 290, quien se muestra dispuesto a desplazar la idea de reproche por la de *desaprobación*. Sin embargo, pienso que no se logra eludir la carga que va asociada a la idea de culpabilidad.

⁶⁴ Para SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 20, n. 9, por lo demás, la atribución de un hecho jurídicamente desaprobado a un sujeto responsable «es inherente a la idea de pena jurídico-estatal» (cfr. también *ibidem*, p. 113, pero se distingue de la «expresión de emociones reactivas»). En este sentido, la etimología de culpa –como golpe («colpus») o incluso del griego «kolapsos», bofetada–, su tratamiento histórico y su semejanza parcial –y diferencia también parcial– con otros órdenes jurídicos, abonan la tesis de que contiene y expresa un reproche. Lo extraño resulta, en cambio, negar este elemento.

⁶⁵ Para MAÑALICH, 2011a, p. 63, el «reproche, como actitud reactiva, no admite ser usado *para* la obtención de una consecuencia ulterior, ya que la formulación de un reproche presupone sinceridad en cuanto a las razones que lo justifican». Cfr. el bien fundamentado planteamiento de MONTERO, 2023, *passim*, particularmente en pp. 133-142.

⁶⁶ No me parece que el fundamento de la culpabilidad en el reproche se deba a una visión neoliberal que asocia libre albedrío y culpabilidad (ver en este sentido NAVARRO-DOLMESTCH, 2022, p. 256). Y ello, por cuanto puede identificarse antes de dicha corriente ideológica, y viene asociado a la idea de libertad, más que a sus deformaciones.

⁶⁷ Al menos, en las sanciones más graves por conductas, a su vez más, graves, la retribución presupone el reproche. Otra cosa puede ser en infracciones de menor entidad. Al respecto, cfr. FEINBERG, 1965, pp. 398-400, quien distingue entre «punishments» (con carga de reproche) y «penalties», y reserva el reproche para las primeras. Cfr. al respecto, crítico, MAÑALICH, 2011a, pp. 39-42.

⁶⁸ En lo que alcanzo, la reflexión sobre la motivación a través del mal de la pena predomina sobre la realidad del reproche por el hecho delictivo y el daño global que este supone. Cfr. así en FEUERBACH: al respecto, cfr. JAKOBS, 2006, pp. 115-127; ID., 2008b, pp. 46-49.

⁶⁹ Como expresa MAÑALICH, 2011a, p. 64, si la pena «se entiende como una medida impuesta para la educación, la resocialización o el tratamiento terapéutico del penado, la imposición de la pena pierde toda connotación expresiva». A mi modo de ver, en tal caso, no se podría emplear como única razón justificante de la pena, pero no perdería parte de su connotación expresiva.

siva esta crítica por lo que se acaba de afirmar sobre el concepto analítico de culpabilidad. Sí sería aceptable entender que comparativamente se trata de algo distinto a la pena. Estaría dispuesto a aceptar tal posición si se entiende la culpabilidad como un mal distinto a la pena, no en términos cuantitativos, sino cualitativos⁷⁰. Se trata más bien de otra clase de mal, por ser un reproche más psicológico que físico o, al menos, primariamente de carácter psicológico, menos duradero y sobre todo funcional: para dar paso a la responsabilidad.

3. Por tanto, pienso que puede continuar sosteniéndose que el juicio de culpabilidad constituye un mal a través del cual se desea transmitir el sentido de que la conducta realizada es inaceptable para quien se toma por miembro de una sociedad. Se trataría de un mal orientado a la aplicación de una pena, y no tanto una pena anticipada: cualitativamente se trata de un sufrimiento diverso en términos físicos y/o psíquicos. Su fuerza comunicativa se logra, o se aspira a lograr, por medio de un mal aplicado al agente del hecho antijurídico. Tampoco aquí la sustitución de lo aflictivo por un instrumento meramente comunicativo sería suficiente. Por ejemplo, una declaración automatizada de que la conducta resultó deficiente (un error técnico) no puede sustituir lo específico del juicio de culpabilidad en la medida en que este continúe siendo lo que es: la máxima expresión de rechazo por parte de la sociedad respecto de la conducta del delincuente.

En la medida en que plasma un reproche, el juicio de culpabilidad sería expresión de la función del lenguaje comprensivo, más en concreto, la que ha sido descrita como de conexión o imputación (cfr. 2.1, párr. 2, iii]). Apela a la libertad del interlocutor a quien se imputa algo como conducta antijurídica. Obviamente, presupone así una operación de valoración o medición: la que se lleva a cabo en el juicio de antijuridicidad.

También aquí, en el juicio de culpabilidad, se emplea un instrumento aflictivo para asegurar la vigencia del Derecho. Más todavía: lo aflictivo es el modo de ejercer lo normativo. Nuevamente estamos ante otro modo de ejercer la fuerza fáctica para transmitir efectos de carácter normativo. Con todo, esto no supone una suficiente legitimación de la culpabilidad como reproche. Al igual que con la pena, será preciso indagar para fundamentar con solidez el recurso a un mal físico o psíquico con el fin de lograr efectos normativos (*infra*, apartado 3).

4. De este planteamiento se deriva alguna consecuencia digna de mención. Por una parte, que el reproche ínsito en el juicio de culpabilidad requiere receptabilidad por parte de aquel a quien se dirige; debe ser recibido como tal. Puesto que es comu-

⁷⁰ Para ACHENBACH, 1991, p. 136, procede prescindir del término «culpabilidad», como también del de «responsabilidad» (por referencia a ROXIN), para expresar «con la suficiente claridad qué es lo que aquí realizamos: esto es, que no nos limitemos a determinar una responsabilidad ya pre-existente, sino que la *imputemos*, que *hacemos responsable* al autor» (r.o.).

nicativo para el agente culpable, este ha de hallarse en condiciones de captar el mensaje y de comprender su sentido⁷¹. No podemos dirigir con éxito mensajes de reproche a sujetos no culpables; al menos, no con ese mismo sentido: esto hace que el sentido aflictivo del reproche se cumpla en los juicios que dirigimos a sujetos culpables, y no a los que carecen de esa capacidad⁷². Si el sujeto es capaz de comprenderlo, y recibe la pena, también se precisará, por otra parte, que mantenga la capacidad de comprenderla como un mal por su conducta culpable. Lo cual nos plantea el problema de la pérdida sobrevenida de capacidad de comprensión⁷³: no sería coherente dirigir el reproche o mantener la ejecución a quien no pudiera comprender su sentido. Entiendo que mantener entonces la pena por sus efectos comunicativos sobre el resto de la sociedad podría suponer una instrumentalización del penado⁷⁴.

2.4. *La acusación*

1. También en el proceso penal puede identificarse el uso de medios aflictivos con fines normativos. Opera, así, como medio empírico al servicio de lo normativo, esto es, como ejercicio del Derecho a través de la producción de sufrimiento a las personas. No es fácil sustraerse a la impresión de que el Derecho consiste en violencia que se impone en sociedad. Me refiero a que el Derecho se apoya en la expresividad de los medios de la Administración de Justicia, y es a la vez violencia o sufrimiento que se ejerce para imponer el Derecho. El procedimiento penal sería así una forma de buscar la reafirmación de la norma por medio de la producción de cierta aflicción en quienes se hallen sometidos a aquel⁷⁵. Verse como destinatario de una acusación penal y, más todavía, ser condenado, son medios para reafirmar la vigencia del Derecho, el cual parece necesitar de ese sufrimiento y dolor para hacerse valer. El ser objeto de una investigación transmite ya al sujeto concreto, como también al entorno social que la percibe, la visión de que el Derecho se impone, la norma prevalece.

⁷¹ Puede plantearse si tiene sentido el perdón. En la medida en que suponga una renuncia a la pena, debería llevar consigo una «descarga» del dolor o sufrimiento que genere, a la vez, efectos comunicativos inversos a los del castigo tanto en el penado como en la sociedad. Además, el perdón por parte de quien padeció el delito tiene su faceta de «descarga» del mal sufrido en cuanto efecto psicológico destructivo del delito; y como perdón otorgado genera, en cambio, la anulación de la fuerza destructiva psicológica. Cfr. sobre el efecto y sentido psicológicos del perdón, GRABE, 2016, pp. 69-88, quien entiende que frente al mal sufrido se abren tres vías: entender lo que ha pasado, relativizarlo, o bien delegar la reacción en una instancia superior. En todo caso, el perdón rompe la dinámica destructiva de la actitud o reacción ante el mal sufrido (*ibidem*).

⁷² Cfr. ALPACA PÉREZ, 2022, pp. 286-291, quien califica como «autocontradicción pragmática» dirigir una norma a quien se sabe que no podrá cumplirla (p. 287), pues «la norma ha de imponer un deber a un individuo a partir de sus posibilidades» (p. 291).

⁷³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2008, pp. 661-690; SANZ MORÁN, 2016, pp. 213-230, 224-228; ID., 2022, pp. 375-388.

⁷⁴ Distinto es lo que sucede con el autor por convicción, el cual comprende el sentido de la acción, pero no comparte las normas o el orden de valores subyacente: sin embargo, al contar al menos con la capacidad de comprensión, por más que discrepe del planteamiento de la ley o la sentencia, tiene sentido y sería coherente mantener el reproche y la aplicación de la pena.

⁷⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 229; ID., 2011, pp. 79-81, sobre el valor de la forma del procedimiento a la hora de afirmar el Derecho.

Incluso los mecanismos de composición y negociación no dejan de mostrar la diferencia de trato y condiciones en que se halla aquel que padece un procedimiento penal: tiene poco que ganar y mucho que perder. Y todo esto se lleva a cabo mediante instrumentos procesales dotados de una indudable carga aflictiva⁷⁶.

Las operaciones que en el procedimiento penal tienen lugar (objeto de acusación, consideración de investigado, acusación, imputación...) encierran enunciados valorativos –de ese que más arriba (cfr. 2.1, párr. 2, ii)] se ha descrito como un uso intencional de medición–, junto a otros de carácter adscriptivo o de imputación.

2. Frente a este planteamiento podría aducirse que el procedimiento penal es una institución del Estado de Derecho, con garantías para el ciudadano, por lo que no tendría sentido esa visión punitiva y aflictiva que se ha descrito. Sin embargo, hay que replicar que tales garantías se presentan porque antes el proceso supone una intromisión en la vida e intimidad de aquel contra quien se dirige; incluso tales garantías no logran contrarrestar su efecto aflictivo, sino solo mitigarlo parcialmente⁷⁷. También se podría rechazar el enfoque aflictivo del procedimiento penal aduciendo que eso solo lo es para el posible delincuente, que lo es, además, porque obran indicios suficientes para considerarle culpable; es más, podría verse como la contrapartida del Estado de Derecho para el ciudadano delincuente, de modo que su papel en la sociedad, una vez que ha cometido un delito, consiste en verse sometido al proceso y tolerar sus efectos; incluso podría considerarse como una condición necesaria de la pena, y si esta se halla legitimada, tanto más los medios precisos para llegar a ella. Sin embargo, tampoco me parecen suficientes estas razones para negar el efecto aflictivo del procedimiento, ni es algo que quepa poner en duda si nos referimos a un solo ciudadano que lo sufre: ya el hecho de que se focalice el proceso en posibles responsables es una manera de aceptar que el mal que el proceso lleva consigo debe restringirse a algunos sujetos, precisamente porque es un mal. En esta misma línea, la crítica al procedimiento como mal no desaparece por el hecho de que *solo temporalmente* se trate de una posición enojosa y aflictiva. Que sea temporal podría quizás aminorar su carga aflictiva, pero no la elimina, sino que presupone asumir que el proceso mismo causa un mal psíquico y/o físico a aquel contra quien se dirige; es más, en términos de carga aflictiva, su mayor relevancia se daría al inicio, por lo que se puede afirmar que «el mal ya estaría hecho» con el inicio del procedimiento contra alguien.

3. Por tanto, pienso que queda constatado que el procedimiento causa aflicción. Como instrumento comunicativo de la vigencia de la norma, despliega y causa un

⁷⁶ En este sentido, la expresión «pena de banquillo» ha devenido ya en un lugar común para referirse a la consecuencia aflictiva punitiva de verse sometido al procedimiento; y algo semejante cabe afirmar para los «juicios mediáticos».

⁷⁷ Este planteamiento enlaza con la visión del procedimiento penal en clave de proceso de participación en los sistemas sociales a través de la comunicación (cfr. CALLIES, 1973, pp. 99-103). Pero no por eso se aligera la carga punitiva y aflictiva asociada a aquel.

mal a la persona. La misma Administración de Justicia recurre a mecanismos comunicativos asociados al ejercicio del poder público mediante los cuales se inflige un mal a quienes se ven sometidos a un procedimiento⁷⁸. También en este caso, como en el del juicio de culpabilidad entendido como reproche (2.3), hay que apreciar su carácter de mal funcional, por cuanto el sentido de infligir un sufrimiento sirve a la finalidad de la imposición de una pena, que es el mal fáctico por excelencia empleado para transmitir un contenido normativo. De nuevo, otra manifestación de la «fuerza fáctica de lo normativo». Y nuevamente se requiere de cierta argumentación para legitimar el recurso a esa «fuerza».

4. Esto trae consigo algunas consecuencias. Por una parte, que también aquí podría expresarse que los mecanismos procesales de solución negociada (acuerdos y pactos) no excluyen la misma idea de aflicción asociada al procedimiento⁷⁹. De entrada, no se trata de pactos establecidos en igualdad de condiciones, sino de imposición de salidas y soluciones alternativas que resultan ventajosas a costa de renunciar, al menos en algunos casos, a la presunción de inocencia y al derecho al recurso. Además, trae consigo convertir la aplicación del Derecho en opción por soluciones que no se argumentan porque no se trata de persuadir, sino de llegar a la decisión previamente tomada. Pueden resultar ventajosas en algunos casos, pero sin olvidar que pueden llevar consigo una aflicción adicional: la de aceptar ser considerado culpable, sin posibilidad de demostrar su inocencia o su visión de la responsabilidad, y sin el derecho al recurso. También cabe pensar que la «igualdad de armas» que se predica del proceso penal solo es verdad en apariencia, pues se parte de una posición inicial de desigualdad en la que se causa un mal, el cual no viene a nivelar la desigualdad sino a acentuarla. Finalmente, la práctica de actuaciones policiales de investigación que no trascienden –actuaciones secretas– no deja de ser algo que socialmente comienza a romper vínculos (el ser objeto de una sospecha). En tales casos, es el derecho a conocer qué se dice o se sabe del ciudadano sujeto a investigación lo que se ve puesto en duda. Verse privado de tal derecho seguirá siendo un mal, pero sin efecto comunicativo todavía para el sujeto investigado.

2.5. *Consideración final*

1. Las consideraciones anteriores sobre la pena, el reproche de la culpabilidad y la acusación del procedimiento penal resultan suficientes para corroborar la hipótesis de partida de esta investigación: que el lenguaje del Derecho emplea términos empíricos por su expresividad, pero sobre todo que recurre a instrumentos empíricos

⁷⁸ Percibir la actuación policial en el lugar de los hechos del delito recién cometido transmite el elocuente significado de que la ley impera sobre el (posible) delito, y verse como destinatario de una sospecha es ya comenzar un proceso de exclusión social.

⁷⁹ Matizadamente, SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 166, señala que solo los acuerdos que lleven consigo una carga o tarea pueden tomarse como equivalentes funcionales de la pena.

(pena, reproche y acusación) para lograr efectos normativos. Es decir, que para hacerse valer causa dolor y sufrimiento. Esto suscita la cuestión de si recurrir a la fuerza de lo normativo supondría incurrir en una falacia que deriva el ser del deber ser, y que se analizará a continuación.

2. Según ha quedado expuesto, pena, reproche de culpabilidad y acusación en un procedimiento penal son instrumentos aflictivos empleados para comunicar y ejercer el Derecho. En este sentido, puede hablarse con razón de lo fáctico o lo empírico para transmitir contenidos normativos. Puesto que tales operaciones expresan algo significativo a partir de lo empírico, esto es, que hacen decir a lo fáctico aquello que previamente se halla en lo normativo, podría cuestionarse si se incurre en una falacia calificable como «normativista». Por tal, y a la inversa que en la «falacia naturalista», se derivaría el ser de un enunciado de deber ser, lo empírico sería extraído de lo normativo, la realidad física se ahormaría en función de cómo debe ser. Sin embargo, no es lo que en realidad acontece cuando esas instituciones jurídico-penales recurren a lo empírico: no es que esto sea extraído o derivado de lo normativo. Eso sucedería si de la existencia de una norma u otro enunciado normativo concluyéramos que la realidad *es así*⁸⁰. Pero no es esto lo que hacemos cuando recurrimos a imponer una pena, reprochar o acusar. En tales casos, sucede más bien que lo normativo recurre a instrumentos fácticos o empíricos, porque se trata de sujetos que se hallan a la vez en el mundo empírico y en el de la libertad. No hay derivación infundada de un elemento fáctico, sino empleo de algo que tiene ese carácter para transmitir un significado normativo a un sujeto que lo capta como tal⁸¹.

Aun así, no se trata de una elección de medios cargados de expresividad (pena, reproche y acusación) entre otros disponibles, como si fuera una opción arbitraria, sino del ejercicio del Derecho a través de lo empírico. Si a los conceptos de pena y culpabilidad pertenecen analíticamente el sufrimiento y el reproche, estos son la forma de ejercer aquellas, de hacer valer lo normativo. Lo empírico y lo normativo conviven, porque causalidad y libertad se hallan imbricadas en el ser humano. Es la presencia de la persona como ser perteneciente al ámbito de la causalidad, a la

⁸⁰ Pienso que eso puede suceder, por ejemplo, si en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas extraemos la conclusión de que los entes colectivos son personas puesto que la ley les hace responsables o los denomina incluso «personas» jurídicas. Cfr. la exposición y crítica de este constructivismo, en CIGÜELA SOLA, 2015, pp. 80-119.

⁸¹ Más allá de estas tres vías de fuerza expresiva de lo normativo (pena, reproche y acusación), podría plantearse si la comisión del delito violento exige reaccionar con violencia. En efecto, podría verse el delito como agresión que demanda reacción; y si aquella fue violenta, también lo ha de ser esta; si el delito es visto como expresión de sentido contrario a la norma (cfr. LESCH, 1999, pp 82-83), y la pena como reafirmación expresiva de la norma, resultaría que todo queda en procesos de comunicación, de pretensiones expresivas y reacciones igualmente expresivas. En este sentido, la comprensión de la violencia como forma básica de comisión de delitos (cfr. JAKOBS, 2015, p. 7) vendría a corroborar el enfoque comunicativo. A mi modo de ver, sin embargo, infligir dolor y aflicción (tanto por la pena, el reproche o la acusación, como también por el delito) son mecanismos propios de seres que existen y actúan en el mundo de la causalidad como también en el de la libertad.

vez que de la libertad, lo que lleva consigo que se recurra a causar dolor y aflicción⁸².

3. El recurso a medios fácticos es algo propio de los instrumentos penales habituales (pena, reproche y acusación). No parece que el Derecho penal, si sigue siendo penal, pueda desprenderse de esta faceta de «gestión de la violencia social con la violencia». Sin embargo, ¿cómo legitimar este recurso a medios aflictivos? Es el contenido del siguiente apartado.

3. Sobre la legitimación del recurso a instrumentos fácticos en el Derecho penal

1. A lo largo de estas páginas se ha mostrado cómo el recurso a expresiones fácticas es más que asumible. En cambio, la causación de dolor y sufrimiento a las personas con el fin de lograr fines normativos presenta serias dificultades. Queda por afrontar la cuestión que ha sido planteada ya en varios lugares: cómo legitimar el recurso a instrumentos aflictivos. En lo que sigue, se plantea si se trata de instrumentos prescindibles (párr. 2), pero se concluye negativamente. Esto nos obliga entonces a probar diversas estrategias de legitimación para ese «reducto» de recurso a la fuerza que no deja de ser escandaloso (párr. 3-8).

2. En primer lugar, precisamente porque el Derecho penal causa sufrimiento, y afirmamos que nos mueven aspiraciones de intervención mínima, subsidiariedad y proporcionalidad, cabe preguntarse si podría ser de otra manera⁸³. En un Estado de Derecho liberal la mera posibilidad de que el Estado cause sufrimiento debe ser algo excepcional. Si hay posibilidad de evitarlo o minimizarlo, esto sería lo procedente⁸⁴. Desde planteamientos más sociales también resulta excepcional e incluso se plantea que deba reducirse la carga aflictiva por deficiencias del Estado⁸⁵. De hecho, también en la dogmática y la Política criminal se han planteado alternativas que suponen menos sufrimiento. Así, la *pena* se ha presentado como tratamiento curativo o educativo, sobre todo en planteamientos monistas, sea por partir de una supuesta bondad

⁸² La doble dimensión simbólico-comunicativa y fáctico-aflictiva de la pena encontraría correspondencia con la doble dimensión del delito, que es también causación de dolor (violencia o engaño) con efectos comunicativos sobre la debida dignidad de la víctima y la sociedad. Cfr. esta relativa correspondencia sinalagmática en SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 116, 220, 239-241.

⁸³ El propio FERRAJOLI, 2007, pp. 196-197, asocia la idea de Derecho penal mínimo a esta reducción del dolor: «Lo que he llamado “derecho penal mínimo” no es otra cosa más que el sistema de normas idóneas para garantizar esta doble minimización de la violencia y del dolor inflingido: del dolor inflingido por los delitos y del inflingido por las penas» (*sic*).

⁸⁴ Cfr. el planteamiento que expone NAVARRO-DOLMESTCH, 2022, pp. 171-176.

⁸⁵ Para SILVA SÁNCHEZ, 2015, pp. 1-3, aquellos efectos asociados a deficiencias organizativas y presenciales objetivamente imputables al Estado plantean la cuestión de cómo justificar ese mal (además, de cómo compensarlo y qué hacer si se da un daño relevante). Más aún, concluye que, en delitos basados en la infracción de deberes naturales, y cuando el Estado claramente haya incurrido en una desprotección de la persona, la pena «no puede ir más allá de la manifestación simbólica de su injusto culpable» (SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 111).

natural del ser humano, sea por asumir cierta co-responsabilidad en el delito. La *culpabilidad* experimenta nuevos enfoques para eludir su componente aflictivo de reproche⁸⁶. Y el *procedimiento* mismo, mediante vías alternativas de composición, acuerdos o transacción, parece convertirse en un mecanismo «normal» desprovisto de la connotación negativa asociada a una acusación⁸⁷.

Influyen ciertamente otros factores (utilidad social, conveniencia...) que pueden aconsejar reducir el sufrimiento. Incluso cierta carga de «co-responsabilidad» de un Estado deficiente debería tenerse en cuenta⁸⁸. Pienso que, sea cual sea el enfoque sobre el Derecho penal, si es *penal*, supondrá infligir sufrimiento⁸⁹. Sin embargo, esto no quita que deseemos reducirlo al máximo, a cuanto sea necesario, pero no más. Una vez más, la pena se nos presenta como aquella «amarga necesidad»⁹⁰.

En efecto, por lo que se refiere a la *pena* –de la cual deriva el carácter aflictivo del reproche de la culpabilidad y de la acusación–, se percibe cómo analíticamente constituye un mal, un sufrimiento⁹¹. Es este mal lo que nos interpela para hallarle una justificación plausible⁹². Aunque se conciba como un tratamiento, será difícil liberarse de la visión del objeto a tratar como un mal, que es a lo que dirigimos aquel. En definitiva, es su carácter aflictivo, su naturaleza de mal, de sufrimiento infligido a unos por otros, lo que nos plantea los problemas de legitimación y fundamentación que acompañan a la reflexión filosófica desde sus orígenes. ¿Por qué causamos dolor a las personas mediante la violencia estatal, el *ius puniendi*? Como justificación, veo ineludible apelar a la importancia de lo que se protege, a la gravedad de la agresión, y a la insustituibilidad de esa reacción, una vez que han fracasado otros medios⁹³. Si

⁸⁶ Sobre todo, en MIR PUIG, 2015, 20/2, 20/25-26, quien aprecia en la culpabilidad resabios *morales*; cfr. en este sentido el planteamiento de TORÍO LÓPEZ, 1985, p. 290. Sin embargo, no me parece que un cambio en la denominación suponga suprimir el componente de reproche, como tampoco una visión de la pena como tratamiento logre suprimir todo componente de aflicción.

⁸⁷ Pero tampoco esta visión del procedimiento parece eludir lo aflictivo de la acusación.

⁸⁸ Cfr. *supra*, n. 85.

⁸⁹ Como expresa SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 20, la comunicación que la pena expresa dependerá de quiénes se entienda que son sus destinatarios, pero también ha de plantearse si la inflicción de dolor penal es inherente y necesaria (*ibidem*), lo cual parece claro en casos especialmente graves (p. 114), siempre que, junto a consideraciones de merecimiento, se valore la necesidad de pena (p. 45).

⁹⁰ A la que se refería el Proyecto Alternativo al código penal alemán (1967): cfr. BAUMANN, 1966, pp. 28-29; MIR PUIG, 1976, p. 72, n. 132.

⁹¹ Para JAKOBS, 2006, p. 141, «el dolor sirve para la salvaguardia *cognitiva* de la vigencia de la norma; éste es el fin de la pena, como la contradicción de la negación de la vigencia por parte del delincuente es su *significado*». Con todo, infligir el dolor de la pena se halla legitimado por la responsabilidad del autor en la puesta en peligro de la norma (p. 147), hasta el punto de que la pena puede ser vista como «reparación» del mal causado al cometer el delito.

⁹² Podría plantearse, y así se ha hecho, como una cuestión comunicativa de restricción de la participación en sistemas sociales (cfr. la idea de CALLIES recogida *supra*, n. 40; MIR PUIG, 1976, p. 135-139; ID., 2015, 2/16, 4/55, 6/43, 9/7), pero esta misma idea no puede ocultar lo penoso de privar o restringir la participación en sociedad a un ser radicalmente social como es la persona.

⁹³ Cfr. PÉREZ BARBERÁ, 2014, pp. 1-43, quien, desde una perspectiva discursiva, propone una teoría expresiva del castigo penal que permita ofrecer una justificación deontológica de la pena como institución estatal (cfr. pp. 27-35 y *passim*).

de este modo hay reacciones penales que no cumplen esos elementos, deberían evitarse. A esto sirven los postulados de fragmentariedad y subsidiariedad. Después, en segundo lugar, superado el primer filtro de necesidad, cabe revisar si el *quantum* de dolor es reducible. Por supuesto que no es una magnitud mensurable el dolor, y que las diversas personas sufrimos el mal de diversa manera⁹⁴. Pero si existen magnitudes aproximadas de cualidad y extensión de la pena, resulta ineludible modular la pena en la ley. Finalmente, en tercer lugar, en la fijación judicial de la pena también se hace preciso reducir la violencia estatal a aquello que sea ineludible⁹⁵.

Respecto al juicio de *reproche* asociado a la culpabilidad, aunque se ponga en duda que sea operativo y legítimo para fundamentar la categoría sistemática y el «principio» de culpabilidad, me parece difícilmente eludible esta carga de desvaloración dirigida al sujeto. Aunque se intente fundar en una suerte de «desacuerdo» o «desavenencia» de carácter civil o ciudadano, me parece difícil evitar esta carga de reproche. Y me temo que puede tratarse de un intercambio de meras denominaciones para referirnos a lo esencial⁹⁶: que se esperaba del sujeto otro comportamiento y su delito resulta inaceptable⁹⁷.

En cuanto a la *acusación* contenida en el procedimiento penal, cabe asumirla como

⁹⁴ Como señala SILVA SÁNCHEZ, 2015, p. 1, la dimensión fáctica (junto a la simbólica) de la pena plantea, al menos, dos posibles patologías: por un lado, que algunas limitaciones adicionales a la restricción de derechos que supone se deben, y son objetivamente imputables, al Estado (y en algunos casos deberían tener relevancia en la individuación de la pena: p. 1); y, por otro lado, que según las condiciones personales, la afflictividad de la pena se sufre de manera diversa (y que, sin embargo, no deberían tener relevancia en la individuación de la pena o su ejecución: pp. 2-3). En este último caso, en otro lugar (2018, p. 115) plantea que, aun sin sufrimiento subjetivo, la pena seguirá siendo tal.

⁹⁵ Para SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 45, el principio de subsidiariedad «implica que la necesidad de pena nunca puede fundamentar por sí sola la imposición de pena; al contrario, la falta de necesidad sí puede excluir la imposición de pena por mucho merecimiento que haya». Lo cual presupone que no toda conducta merecedora de pena precisa de sanción penal; de donde castigar sin necesidad aun mereciendo pena «implicaría vulnerar el principio de prohibición de exceso» (*ibidem*). El mismo autor, en ocasiones anteriores ha venido defendiendo la doble fundamentación de la pena en el merecimiento y la necesidad; cfr. ahora *ibidem*, pp. 230-235.

⁹⁶ En su planteamiento HÖRNLE, 2013, *passim*, propone prescindir de la idea de reproche de culpabilidad, tanto en la legislación y la práctica, como en la dogmática penales. Así, comienza criticando (pp. 11-14) diversos enfoques de la visión tradicional sobre el reproche dirigido al sujeto por haberse decidido a obrar pudiendo hacerlo de otro modo, que califica como visión «clásica» del reproche, identificable en algunas resoluciones del Tribunal Supremo alemán (p. 11). Se comparte con la autora la necesidad de una justificación sólida para el reproche de culpabilidad emitido por una instancia estatal (p. 13). Para indagar en la justificación del reproche, la autora se propone contar, no sin cierto escepticismo (p. 19), con los avances de las diversas ciencias que han afrontado el conocimiento y la toma de decisiones humanas (pp. 15-22). En las aportaciones de esas ciencias, cabe apreciar siempre un amplio margen de diferencia entre personas a la hora del actuar concreto (pp. 21-22). Además, dado que el reproche se emite con posterioridad al momento de la decisión en el hecho, y no es posible contar entonces con datos científicos sobre los factores concretos de decisión, no hay base para una acusación personal por haber adoptado una decisión equivocada, y eso por más que el propio sujeto que reprocha piense que él, en su lugar, sí hubiera podido tomar la decisión correcta (pp. 28-29). Procede, por tanto, no atender al reproche, sino a otros fundamentos para la culpabilidad, sin que eso suponga caer en un Derecho de medidas frente a la peligrosidad (p. 29). Propone una tesis decididamente contraria a emplear el reproche de culpabilidad (pp. 49-68).

⁹⁷ Un Derecho penal sin culpabilidad así entendida, será el de las medidas de seguridad, el de los sujetos inimputables, en el que no procede la idea de reproche.

la contrapartida imprescindible una vez que hay indicios serios de responsabilidad de alguien por un delito. Así, el procedimiento penal es aflictivo porque su posible consecuencia, la sanción, lo es⁹⁸, pero se trata de una consecuencia ineludible para imponer la sanción con garantías.

Puede justificarse el recurso a estos instrumentos aflictivos con exigencias de fragmentariedad del Derecho penal, necesidad y subsidiariedad de los instrumentos penales, junto a consideraciones de proporcionalidad⁹⁹. Sin embargo, siempre quedará un reducto de «violencia» estatal, de dolor por el delito. Y eso deja pendiente todavía la cuestión de su legitimación.

3. Me resisto a aceptar que el ejercicio del *ius puniendi*, en concreto, con su carga de dolor para las personas, sea la forma que tiene el poder para reivindicar su soberanía, el dominio sobre los ciudadanos-súbditos¹⁰⁰. En tal modo de entender el *ius puniendi*, el poder necesitaría ejercerse aplicando dolor, para subsistir en medio de su propia fragilidad¹⁰¹. Tal estrategia de subsistencia supondría una instrumentalización de las personas al servicio de fines que no son tanto políticos –de la *polis*– cuanto del soberano mismo. Sin perjuicio de que esto suponga una exageración incluso para el poder pre-moderno, el «poder soberano», en las circunstancias actuales y en general en un Estado que se auto-comprende como social y democrático de Derecho, no parece que pueda legitimarse el recurso al dolor de la pena, el reproche y la acusación en clave de «terror». Se precisa una legitimación de otro tipo, una que haga razonable y, por tanto, aceptable la aflicción penal¹⁰². Y esto supone y exige dar entrada en tal operación legitimante a los propios implicados considerados como agentes racionales: autor y víctima, y perjudicados, así como también el Estado y el conjunto de la sociedad¹⁰³.

⁹⁸ Cfr. *supra*, párr. 2, y apartado 2.3, párr. 2, a propósito de los conceptos de pena y culpabilidad que, analíticamente, contienen el sufrimiento y el reproche.

⁹⁹ Se trata de aportar una justificación de esta concreta medida penal a aplicar (cfr. FERRAJOLI, 2007, p. 197): «una justificación consistente puede ser solamente *a posteriori*, contingente, sectorial, o sea atendiendo a la efectiva reducción de la violencia o del dolor conseguida, respecto a la ausencia de derecho o de derechos, no ya del derecho penal en cuanto tal, sino por este o el otro derecho penal, o mejor por esta o aquella concreta norma o institución penal o procesal» (cfr. ID., 2011, 23/6).

¹⁰⁰ Así, FOUCAULT, 2004, pp. 30-31; en general, la primera parte («Suplicio») de esta obra abunda en la idea de los «mecanismos punitivos» «como técnicas específicas del campo más general de los demás procedimientos del poder», esto es, como medios de «táctica política» (p. 30).

¹⁰¹ Función coactiva física que, en opinión de SILVA SÁNCHEZ, 2023, pp. 453-468, 461, no ha hecho más que acentuarse en los últimos años, en detrimento de un Derecho penal comunicativo de agentes racionales (cfr. p. 464), lo cual tiene como consecuencia la desconfianza hacia la motivación y razonabilidad de los motivos de la acción, y el recurso creciente a la coacción física (cfr. *ibidem*).

¹⁰² Como señala PUPPE, 2014, p. 118, la cuestión de la entidad de la pena como mal presenta una dimensión semántica, en efecto, pero en dicho plano no se aporta justificación de esa realidad, que puede buscarse, en cambio, «en el plano pragmático en el que se pretende provocar algo con el signo y, finalmente, en el plano ético-jurídico» (cfr. también, p. 119).

¹⁰³ Distinto es el planteamiento que propone PÉREZ BARBERÁ, 2014, pp. 1-43. Esa irrogación de un mal, en su opinión (pp. 26-27), se explica fácticamente por ser «necesaria para transmitir la desaprobación de manera eficaz (esta es, de hecho, la explicación ofrecida hasta ahora por las teorías expresivas de la pena)»; y, además, porque «la irrogación de un mal es en ocasiones el único y en ocasiones el mejor medio del que

4. Tampoco me parece aceptable una legitimación de carácter meramente consecuencialista que tome en cuenta las ventajas tangibles de infligir dolor penal. Y ello por dos razones, al menos¹⁰⁴. Por una parte, porque parece difícil establecer magnitudes con las que medir el dolor y sufrimiento personales, la aflicción que causan la pena, el reproche y la acusación. La percepción personal sobre la dimensión del sufrimiento puede ser tan subjetiva como manipulable y voluble. Ni tan siquiera me parece fácil emplear la «tasación» que el legislador ha establecido en el código penal al asignar una concreta pena al delito contra un determinado bien jurídico, pues en esa operación de establecimiento de sanción intervienen otras consideraciones, y no solo de proporcionalidad, que rompen una estricta relación cuantitativa entre objeto protegido y su sanción. Sin olvidar, además, que en algunos tipos la pena incluye una consideración de menor culpabilidad. Con todo, esta relación de proporción aporta un dato a tener en cuenta, siempre que no se tome en términos cuantitativos, sino como una cierta adecuación entre delito y reacción. Por otra parte, tampoco me parece viable el recurso al cálculo, siquiera aproximado, de corte utilitarista, por cuanto deberían añadirse cuantificaciones de efectos que van más allá de delito, bien jurídico y sanción. Me refiero a la difícil medición de los efectos positivos de prevención general, como también a reacciones adversas de venganza privada o pública que puedan producirse, o simplemente a sentimientos de venganza, repulsa, odio, etc. en una o más personas, que sobre todo la pena y la acusación procesal pueden generar en la sociedad. Por otra parte, finalmente, no me parece aceptable que dicho cálculo, aunque pudiera darse, fuera legitimante: lo impide la cualidad de los bienes en juego, que resisten y eluden el cálculo de las consecuencias¹⁰⁵. De esto se deriva, al menos, que no es adecuado por difícilmente viable –si no imposible– un cálculo consecuencialista. Entiendo, por tanto, que es preciso continuar indagando en búsqueda de una legitimación de la aflicción penal que resulte razonable y aceptable para sujetos racionales.

5. Otra estrategia posible de legitimación consiste en mirar a la esencia de la pena; se trataría de una legitimación «intrínseca», por así decir. El dolor penal (y en menor medida el reproche, así como la acusación personal) podría verse como causación de aflicción, esencia del castigo¹⁰⁶. Se trataría de invocar el criterio del talión para causar tanto dolor como supuso el delito. Dolor por dolor, como reflejo del mal por mal,

dispone el Estado para comunicar *con autoridad* al autor del delito, a la víctima y a la sociedad que es su voz –y no la del delincuente– la única que debe ser escuchada».

¹⁰⁴ Esta visión consecuencialista no resulta extraña a la descrita también por FOUCAULT, 2004, pp. 93-94, como rasgo del *ius puniendi* de la modernidad, cuando plantea que la pena deba fijarse en función de la desventaja que el delincuente pueda calcular de su aplicación. De ahí que proponga las reglas de la cantidad mínima, idealidad suficiente, efectos laterales, certidumbre absoluta (pp. 98-101), entre otras.

¹⁰⁵ Crítico con los planteamientos consecuencialistas como estrategia de legitimación, GRECO, 2023, pp. 419-420.

¹⁰⁶ Como expresa JAKOBS, 2006, p. 12 (en «Prólogo», pp. 11-14), «para poder generar orientación real», «una expectativa normativa necesita de cierta cimentación, de cierto apoyo cognitivo», que «se mantiene porque el dolor penal transforma de modo final el hecho en una empresa fracasada», «esta certeza normativa, si

de la pena por el delito, en definitiva. Así, la pena ha de ser sufrimiento porque el delito lo fue. A pesar de todo, esta representación mental adolece de diversos problemas. El primero, aunque no el principal, reside en la difícil medida de algunos bienes y la pena que sirva entonces como su réplica (delitos contra el medio ambiente, la Administración pública, o de matrimonios ilegales, por poner solo algunos ejemplos). Junto a este, la constatación de que no son solo los bienes lo que hay que valorar, sino también la carga negativa de la acción de menoscabo, que rompe en buena medida la posibilidad de comparar delito –que es ilícito de por sí– y castigo –que se ve como lícito, y debido–. Además, si recurrir a mecanismos de reacción talional puede verse como una forma atávica de encauzar sentimientos de venganza, al posibilitar causar un mal por el delito, surge la objeción de que pueda ser precisamente ese el cometido de un Derecho penal moderno¹⁰⁷: este puede, sí, tener esos efectos, pero su razón de ser no es modular o guiar el sentimiento de venganza y rencor de los perjudicados. Sin embargo, de esta estrategia talional de legitimación del dolor penal se puede extraer un elemento de validez también hoy. En concreto, que la pena, aun siendo esencial y conceptualmente un mal y sufrimiento, no puede ser ilimitada. Ha de guardar una cierta relación de aproximada proporción con el mal causado por el delito. Hay en ello una razón de justicia, presente en los planteamientos retribucionistas sobre la pena que me parece atendible. Sirven aquí de nuevo las consideraciones ya efectuadas sobre la debida relación entre delito y su respuesta (párr. 4): aunque no como cálculo consecuencialista, sí como cierta relación siquiera «aproximada», en la medida de lo posible, entre ambas realidades y magnitudes. Por lo demás, la pacificación social que el ejercicio del *ius puniendi* puede traer consigo ha de sustituir a los mecanismos de rencor y venganza. Y cabe plantear que, si estos efectos de pacificación pueden lograrse con sanciones menos aflitivas (multas...), no es desdeñable recurrir a ellas. Esta visión del castigo, el reproche y la acusación supone, por tanto, que deben ser limitados de entrada por el mal causado por el delito. Pero no hace sino insistir y confirmar en lo que había que legitimar: que estamos infligiendo males a las personas. Es preciso, por tanto, continuar indagando en la cuestión clave: por qué el *ius puniendi* ha de ser precisamente aplicación de dolor y sufrimiento¹⁰⁸.

se pretende que verdaderamente dirija la conducta, debe contar con un apoyo cognitivo» (pp. 139-140); ID., 2008b, p. 98. En su «Estudio preliminar», CANCIO y FEIJOO parecen ir más allá al valorar la posición de aquel: se trata de un «mecanismo esencial de la pena»; y califican su evolución en este punto como «un cambio de orientación muy notable» (*ibidem*, p. 55). Y añade FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 501, que la evolución de la posición de JAKOBS en este punto cierra el círculo y regresa al comienzo: «a una concepción instrumental de la prevención general como ejercicio de la fidelidad al Derecho».

¹⁰⁷ Que la sanción puede tener efectos de expiación, arrepentimiento y reconciliación es algo que opera en la dimensión («horizontal») entre delincuente y víctima, pero no en la dimensión «vertical» de la pena estatal, pública: cfr. SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 21, quien insiste en la necesidad de no confundir ambas dimensiones, a pesar de los posibles entrelazamientos entre ellas. Cfr. también, *ibidem*, p. 180.

¹⁰⁸ Cfr. MONTERO, 2023, pp. 145-147.

6. Además de esta relación de proporción con la gravedad del hecho, podría buscarse legitimar la causación de dolor al agente en función de sus personales circunstancias, una argumentación próxima a las de las tesis preventivo-especiales. Se trataría, en una dirección, de responder infligiendo un mal frente a la perversidad del concreto delincuente expresada en su delito: entraría en juego entonces la consideración y respuesta a la alevosía, crueldad, motivos abyectos, abuso de superioridad, prevalimiento... Sin embargo, tales circunstancias pertenecen ya al hecho y dan entidad, por tanto, a su gravedad, por lo que estaríamos todavía en el punto de partida (párr. 5) de legitimar la causación de un sufrimiento por la realización del hecho. Por eso, en una segunda dirección, algo diversa, podría verse el mal que inflige el *ius puniendi* como un remedio o tratamiento del sujeto. Se trataría también de una orientación al sujeto, que llevaría a ver la pena como un medio de «sanar» el defecto mostrado al delinquir. Sin embargo, hay que reconocer que no todo tratamiento curativo supone sufrimiento, o no siempre lo supone en la misma medida a todas las personas. Y aquí es importante distinguir sufrimiento sentido y su percepción: el primero es mal que se inflige mientras que la segunda es sentimiento reflejo asociado a emociones de venganza, odio, rencor... Además, para la legitimación de ese mal, sería preciso contar con el consentimiento del afectado. Este no siempre aceptaría los males de la acusación y la pena antes de que le fueran aplicados: es más, parece que su consentimiento operaría como una aceptación a posteriori, una vez infligido el mal.

Por lo que respecta al reproche de la culpabilidad por el hecho, la orientación al sujeto agente puede resultar en cierto modo idónea. En efecto, el reproche dirigido al delincuente por su actuación contraria a Derecho puede verse como la vía racional de tratar a un sujeto racional por su hecho¹⁰⁹. En este punto, pienso que el reproche resulta legítimo en una sociedad de agentes racionales, siempre que sea visto como lo que es: la respuesta primaria a un hecho antijurídico¹¹⁰.

¹⁰⁹ Cfr. MAÑALICH, 2011a, p. 65; 2011b, pp. 116, 134-138: el reproche lleva consigo el reconocimiento del penado como interviniente en la comunicación.

¹¹⁰ Para HÖRNLE, 2013, pp. 49-68, resulta legítimo infligir retrospectivamente una consecuencia jurídica como reacción a un delito, pero esto no tiene que ir asociado necesariamente a un reproche o acusación adicional al sujeto por su errada decisión de delinquir (cfr. *supra*, n. 96). Es más, entiende que no hay vinculación conceptual necesaria entre pena y reproche de la culpabilidad, y que se podría sostener esta misma conclusión desde tesis de la prevención general positiva (p. 49). El *reproche procede cuando se puede imputar, objetiva y subjetivamente, al sujeto su actuar*: esto es lo esencial, de modo que reproche sería imputación al agente por el hecho injusto (p. 49): es un reproche por ser *responsable*, nada más (aboga por el reproche basado en el hecho injusto, y no en la culpabilidad: p. 58). Esto podría justificarse. Pero no así la emisión de un reproche adicional a la persona, del que, en cambio, debería prescindirse (pp. 58-59). Aun así, la concentración del reproche en el que se refiere al injusto deja en pie la duda de si HÖRNLE ha superado sus críticas al reproche de la culpabilidad. Me parece correcto evitar una culpabilidad por el carácter o una meramente funcional para la imposición de medidas preventivas, pero esto no legitima abandonar el reproche de la culpabilidad. Lo procedente sería, en mi opinión, una depuración de criterios en virtud de los cuales emitimos el reproche, antes que su abandono.

No parece que la consideración de la pena como mecanismo de prevención especial logre legitimar la aplicación de un mal físico¹¹¹. A la vez, parece difícil sustraerse a la realidad de que la respuesta penal atiende a las personales circunstancias del delincuente. También cuando se trata de casos de culpabilidad disminuida reviste la sanción un carácter de mal, por reducido que sea. Incluso en los supuestos de inculpabilidad, aun cuando entren en juego entonces consideraciones de diverso orden, la medida de seguridad que se aplique puede coincidir física o empíricamente con la de la pena: lo que cambia es la peculiaridad del sujeto al que se aplique. Pero si de sujetos culpables se trata, la pena constituye infligir un mal, y algo semejante cabe decir del trato que recibe aquel a quien se le reprocha o se le acusa por haber cometido un delito. Aquí es donde se da la gran inconsistencia de que se responda con medios empíricos, físicos o fácticos a quien ha obrado con libertad: la respuesta empírica por el uso de la libertad¹¹². En efecto, aunque las normas operan entre sujetos libres, su infracción es respondida con medios fácticos. Frente a la libertad, respuesta física. Aunque la legitimación de estas operaciones siga todavía pendiente, cabe señalar que la orientación al sujeto agente no es en absoluto desdeñable, y que atender a las peculiaridades motivacionales concretas no es incompatible con el recurso a la pena y otros males asociados a esta¹¹³.

7. A la vista de las anteriores consideraciones, cabría recurrir a planteamientos próximos a posiciones preventivo-generales. En una primera dirección, el mal de la pena se dirige a disuadir al conjunto de la sociedad, pero esto no legitima por sí mismo, el mal causado a la persona del delincuente¹¹⁴. En términos de prevención general negativa, el recurso a medios contundentes, físicamente restrictivos de la libertad, parece mantenerse porque resulta sumamente eficaz¹¹⁵, porque se opta por

¹¹¹ Cfr. JAKOBS, 2006, pp. 153-166.

¹¹² En opinión de FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 502, la posición última de JAKOBS acaba normativizando el aspecto retribucionista (contradicción del delito), mientras que desnormativiza el preventivo-general dotándolo de «un contenido demasiado psicologicista». Y esto último suscita no pocas reservas «en el marco de una concepción moderna, democrática y pluralista del Estado».

¹¹³ «Su pretensión legítima [sc., de la coacción estatal] es la de restablecer el Derecho como pauta de conducta externamente vinculante, mediante la expresión de reproche –jurídico– al delincuente» (SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 22).

¹¹⁴ Con la dicotomía entre *singularidad* y *fungibilidad*, GRECO, 2023, pp. 378-432, aspira a destacar lo esencial de la pena, frente a la intercambiabilidad de otros medios con los que cuenta el Estado para asegurar conductas de los destinatarios (p. 379). Frente a la dicotomía entre ambos conceptos, propone a una síntesis (pp. 421-431): concretamente, a una visión «fungibilista» de la pena respecto de la sociedad, pero «singularista» respecto del individuo (p. 421).

¹¹⁵ Ante la inviabilidad de un sistema de vigilancia estatal continuo y absoluto, opera el ordenamiento con la imposición de sanciones solo en caso de su infracción, pero eso es posible «cuando la conducta fiel al Derecho es para los ciudadanos algo evidente»: PAWLIK, 2019, p. 45. Es más, la praxis del castigo debe fortalecer en su actitud a los ciudadanos leales al Derecho (cfr. p. 61), y «mediante la configuración de su sistema de penas, el Estado debe poner de manifiesto de forma inequívoca que se toma en serio el rechazo de los delitos» (p. 66). Entiende PUPPE, 2014, p. 114, que una razón de por qué la pena ha de constituir y verse como un mal para el ciudadano reside en que ha de ofrecer un motivo a los destinatarios de la norma para que la lealtad al Derecho siga siendo consistente y no una necesidad. La carencia de retribución puede traer efectos devastadores sobre las expectativas de conducta.

la coerción, por el miedo de causar males «reales». Sin embargo, esta eficacia no es suficiente para la legitimación del castigo, en la medida en que suscita precisamente la clásica crítica de instrumentalización. En una segunda dirección, la de la prevención general positiva, el recurso a medios aflictivos resulta llamativo como vía para suscitar el reconocimiento de la norma y de los valores implícitos y fundantes de ella¹¹⁶; así, para asentar los valores y bienes sociales, se emplean medios y modos que causan dolor y, por tanto, miedo y repulsa. Nuevamente se presenta como una inconsistencia aspirar a sacar bienes y valores del mal y dolor personales. De este modo, aunque hay ciertos elementos asumibles en estas posiciones, resulta todavía una incógnita por qué precisamente infligimos dolor para hacer valer las normas.

8. Una explicación que me parece posible de este recurso a lo empírico puede hallarse en la propia esencia de la libertad humana. Esta configura y pertenece al mundo de lo comprensivo, de agentes libres que operan a su vez en el mundo de la causalidad¹¹⁷. Como sujetos libres, operamos en el mundo de la comprensión, pero no podemos ausentarnos del mundo de la causalidad en el que nos movemos (una inevitable imbricación de lo empírico y lo normativo en el desarrollo de seres libres). Se da la paradoja de que nos comprendemos como agentes en el mundo de la libertad, y a la vez no dejamos de emplear medios de carácter empírico o fáctico, que es lo propio del ámbito de la causalidad¹¹⁸. En términos de posibilidad, nada impide que sujetos libres recurran a instrumentos físicos o empíricos, que empleemos lo empírico en nuestras acciones libres. El ejercicio de la libertad encuentra en lo empírico una restricción con la que ha de enfrentarse. La libertad irrestricta chocaría siempre con la evidencia de lo fáctico: con la palmaria realidad de que tenemos limitaciones biológicas y mentales, que las leyes físicas y químicas operan, se quiera o no. Un razonable y adecuado uso de la libertad ha de contar con esas restricciones. No solo los límites de la realidad normativa (las prohibiciones y demás normas), sino también los límites de la realidad física (la privación efectiva de libertad). Del mismo modo que no cabe obligar a lo que resulta (moral o físicamente) imposible de realizarse, la libertad ha de encontrar también límites morales y físicos. Con otras palabras: del

¹¹⁶ Para SILVA SÁNCHEZ, 2008, p. 686, «la pena “comunica”, esto es, expresa sentido; y ello, no sólo para la colectividad, sino también para el propio sujeto a quien se le impone. Formulado de otro modo, si la pena tiene una dimensión contrafáctica, expresiva o simbólica, parece que el sujeto condenado y la sociedad en su conjunto deben captarla no sólo en su dimensión de facticidad (como daño), sino también en su dimensión de validez (como mal merecido)».

¹¹⁷ El necesario *sustrato* y *cimentación* de carácter cognitivo le llevan a afirmar a JAKOBS, 2006, pp. 11-14, 135-143, que, tras el delito, el delincuente no solo ha de ser denominado tal, sino que efectivamente ha de tratarse así, con el fin de que el Derecho no pierda su fuerza de orientación, «debe ser eliminado en cuanto destinatario en la comunicación de modo más o menos completo y por tiempo más o menos largo» (p. 143). Cfr. también ID., 2008b, pp. 98-99.

¹¹⁸ Así, no sin razón cabe afirmar con PAWLIK, 2019, pp. 93-94, que «para poder concebir adecuadamente la secuencia hecho punible-pena, es preciso ante todo un concepto apropiado de aquello que constituye un *sujeto que actúa*» (r.o). Con todo, su planteamiento aquí citado se expone con más amplia proyección que lo ahora señalado en el texto.

mismo modo que rige el *ad impossibilia nemo tenetur*, como límite la libertad ha de contar, por consistencia, también con límites físicos.

Aplicar una restricción física o empírica a quien ha cometido un delito es la forma de hacer presente los límites de la libertad cuando han fracasado los límites normativos. Por eso se entiende que el recurso a la pena sea subsidiario de otros mecanismos, sobre todo, de motivación y coerción, antes que efectiva aplicación de una restricción física. Con otras palabras: el recurso a aplicar un mal físico como la pena procede cuando han fracasado los mecanismos motivacionales derivados del bien jurídico en juego, de normas de otro orden (éticas...) que llevan al respeto de la persona y las instituciones en la vida social. Para un ser que habita entre el mundo de la libertad y el de la causalidad¹¹⁹, el recurso a la restricción física que supone la pena es —o debe ser— el último recurso¹²⁰, pero ha de existir tal límite físico. Cuando el sujeto ha demostrado su incapacidad para autoregularse mediante el uso de su libertad, procede establecer un límite efectivo, físico, infranqueable¹²¹. Estos son los instrumentos penales. De entrada, supone una constrictión externa para quien no ha establecido sus propios límites a través de la motivación. Es preciso que ese sujeto libre que ha rebasado las barreras de su libertad infringiendo la norma experimente tales límites fácticos. El momento de levantar barreras normativas mediante la coerción y la motivación que esta lleva consigo ya ha pasado; procede ahora dejar constancia clara y terminante de los límites que debería haber adoptado el agente: entra entonces en juego la aplicación de la pena¹²², puesto que ha demostrado con su hecho delictivo que no han sido eficaces los límites normativos. Es decir, que se hace imprescindible que quien no ha establecido restricciones a su libertad experimente los límites últimos infranqueables; y, a falta de motivación eficaz, procede recurrir a otros de carácter físico. Así como no puede obviar las leyes físicas del tiempo y el espacio, la gravedad..., también ha de sentir los límites físicos de la libertad que le opone la sociedad por actuar al margen de aquellos¹²³.

¹¹⁹ Para JAKOBS, 2004, pp. 53-54, sin embargo, la dualidad entre persona e individuo requiere medios normativos y cognitivos. Aun y todo, esta dualidad de persona e individuo me parece no atender a lo esencial, que es en cambio el que la persona pertenezca al mundo de la libertad como a la vez al de la causalidad.

¹²⁰ Como señala SILVA SÁNCHEZ, 2023, p. 461, la doble faceta del Derecho como orden de reconocimiento y como orden coactivo da «cuenta de la doble dimensión del ser humano»: «como agente racional y libre, y a la vez individuo peligroso» (cfr. también p. 463). No es esta dualidad la que se destaca en el texto (libertad y causalidad), para defender una pena con efectos fácticos y normativos a un tiempo.

¹²¹ Como expresa PAWLIK, 2019, p. 63, la pena hace que la fuerza («Zwang») expresada por el delincuente en su delito recaiga sobre él. Es más, para que la pena sea socialmente creíble ha de afectar a su realidad sensitiva («sinnliche Realität») y ser esto tolerado por el delincuente (PAWLIK, 2019, pp. 64-65).

¹²² En el planteamiento de GRECO, 2023, pp. 378-432, lo específico de la pena reside en dos elementos: por una parte, el *reproche* («Vorwurf», «Tadel», pp. 422-424), sin que pueda diluirse en planteamientos meramente comunicativos (pp. 423-424); y, por otra parte, la aplicación de un mal (pp. 425-431). Más que comunicar, la pena causa y realiza efectos (p. 425); más aún, lo singular de la pena se halla en la *privación de derechos innatos* («angeborene Rechte», p. 424), en particular la libertad de movimiento (pp. 426-427); llega, en definitiva, a la definición de pena como la privación, por parte del Estado, de un derecho innato como reacción frente a una conducta errada, el delito (p. 427).

¹²³ Contribuye a este planteamiento que debemos comprendernos como seres espirituales que a la vez se

Lo anterior puede explicar el mecanismo penal de protección de la sociedad para quien la desafía; incluso podría servir para asumir la inconsistencia que detectamos de lo empírico frente a lo normativo. Pero para legitimar este recurso a los medios empíricos ha de exigirse de entrada que sea subsidiario, esto es, que opere en defecto de medios no empíricos: es más, se trata de que sea aplicado precisamente porque han fracasado los medios de otro carácter. A esta subsidiariedad –entendida en sentido amplio o general– cabría añadir una de carácter concreto o particular: que antes de los instrumentos empíricos se hayan arbitrado y empleado sanciones menos costosas, menos aflictivas. Y además, como factor imprescindible, que la pena aplicada recaiga directamente solo en quien haya rebasado los límites, esto es, infringido la norma¹²⁴. A todo esto, finalmente, se suma que aplicar dolor penal supone establecer barreras fácticas cuando han fracasado los medios normativos; con todo, es preciso que estas barreras tengan a su vez límites (proporcionalidad...) para impedir que el mal infligido pierda su sentido normativo al convertirse en mera venganza.

9. En definitiva, veo como razón plausible que la persona humana, que es *libertad en ejercicio en el mundo de la causalidad*, requiere ser tratada con medios que atiendan tanto a una como otra faceta, medios tanto normativos como también fácticos. Y es que infligir un mal, sobre todo en lo que respecta a la pena –y derivadamente al reproche o la acusación–, es la «única» forma que queda al Derecho de mantener límites que protejan la vida social: cuando han fracasado los medios normativos, queda una última opción al Derecho: levantar barreras fácticas, empíricas o físicas de protección.

Admitido primero que la pena sea un mal (dolor...), y en consecuencia también lo sean el reproche y la acusación, procede apelar a razones de necesidad de tutela de realidades sociales valiosas, de subsidiariedad en defecto de otros medios menos lesivos, lo mismo que de cierta limitación y proporcionalidad. La aflicción que va unida a la reacción del *ius puniendi* ha de venir asociada a cierta idea de necesidad, proporcionalidad, y restricción. Esto es, que no procede infligir dolor sin límites. Así, respecto al reproche dirigido al delincuente por su hecho antijurídico, puede aceptarse que sea la respuesta adecuada a un agente racional por el uso que ha hecho de

hallan en el mundo material. Frente al dualismo cartesiano, que separa cuerpo y alma, procede atender a la imbricación de ambas realidades. De ahí que sea preferible comprender el ser humano como espíritu en el mundo. De este modo, la corporeidad es esencial al ser humano, tanto en su dimensión individual como en la social. Cfr. la idea de Hans JONAS, 2000, *passim*.

¹²⁴ Este puede ser uno de los sentidos del subprincipio de culpabilidad, en sus exigencias de personalidad de las penas y de elementos subjetivos de imputación. En efecto, como señala FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 595, la única estabilización normativa posible en un Estado democrático de Derecho pasa por la imputación personal y la retribución de hechos culpables (cfr. también p. 626). Si la pena es comunicación o ha de comunicar la vigencia de la norma frente al mensaje del delito, ha de dirigirse al sujeto culpable, por su hecho, y «como una sanción adecuada a la responsabilidad individual» (p. 602).

su libertad¹²⁵. Se trataría de una orientación al agente para tratarle –continuar tratándole– como sujeto racional¹²⁶.

10. Los argumentos que se han ido exponiendo presentan ciertos matices según se trate de cada uno de los tres medios fácticos que venimos tratando (pena, reproche y acusación).

Con respecto i) a la *pena*, entiendo que el mal físico y efectivo que supone puede verse legitimado como el último recurso de hacer valer el Derecho ante un ser que opera en el mundo de la libertad y de la causalidad a la vez. Es la causalidad la que ejerce de límite en defecto de las restricciones normativas que el agente debería haber adoptado. La vigencia efectiva de la *causalidad* es entonces límite frente a un ejercicio irrestricto de la *libertad*. Por lo que se refiere ii) al *reproche de culpabilidad*, es la forma de relacionarse y tratar con un agente racional, por más que haya cometido un delito. Es el modo de tratar con quien opera con normas, cuando no ha respetado estas. No se trata de un juicio definitivo de la persona, ni por su carácter o la conducción de su vida, sino de lo consiguiente al uso indebido de su libertad. Y en cuanto iii) a la *acusación*, esta opera como condición necesaria para el procedimiento judicial, en donde se trata de ajustar la reacción penal a la gravedad del hecho y a los criterios plasmados en la ley. Es la manera adecuada de tratar con un agente racional.

En definitiva, recurrir a medios fácticos o empíricos para ejercer o hacer valer lo normativo se podría ver como una solución adecuada para un ser, la persona humana, que pertenece y obra a la vez en los ámbitos de la libertad y de la causalidad. Me parece que así podría considerarse coherente el recurso a medios aflictivos en una sociedad de personas: seres libres en el mundo de la causalidad. A continuación, vienen restricciones basadas en la necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad. Pero primero la pena es el mal que corresponde a quien no se ha guiado por la norma.

4. Conclusiones

1. Esta contribución aspiraba a analizar hasta qué punto lo normativo requiere de lo empírico; es decir, estudiar en qué medida el Derecho necesita del recurso a la fuerza y otros medios empíricos o fácticos. Es lo que se pretende resumir en la expresión de la «fuerza fáctica de lo normativo».

2. Es preciso distinguir dos usos diversos de elementos empíricos: i) como *expresión* del Derecho y de las realidades normativas; y ii) como *comunicación*, es decir,

¹²⁵ Cfr. *supra*, n. 109.

¹²⁶ En cambio, en casos de inculpabilidad, la realidad física o empírica de la medida de seguridad (la restricción o intervención en el ámbito del sujeto) adquiere otro carácter: aun tratándose de una consecuencia con efectos empíricos, no es cuestión de levantar barreras físicas frente al abuso de la libertad, sino de tratarlo como fuente de peligro. No sucede así en casos de motivación disminuida en los que se aplique una medida de seguridad, pues entonces el mal aplicado tiene sentido normativo si quiera parcialmente, y es una forma de tratar al agente como sujeto racional, en la medida en que sus circunstancias lo hagan posible.

como transmisión a un agente racional de una realidad normativa precisamente mediante la irrogación de algo físico o empírico. Concretamente, en Derecho penal se identifican tres momentos en los que se recurre a medios fácticos o empíricos para comunicar realidades normativas: la pena, el reproche de la culpabilidad y la acusación procesal. Así como el recurso a medios expresivos (i) no plantea problemas de legitimación, el empleo de tales elementos (ii) con fines comunicativos sí ofrece dificultades de legitimación, por tratarse de irrogación de dolor y sufrimiento a las personas.

3. El empleo de medios fácticos o empíricos en el lenguaje jurídico se constata cuando el Derecho pretende: i) configurar situaciones mediante enunciados normativos como prohibiciones, prescripciones, facultades, definiciones...; ii) valorar y medir a través de criterios axiológicos de valoración de las conductas, como en las categorías de la tipicidad, injusto, justificación; o iii) imputar responsabilidad con base en el conocimiento, voluntad, intención, reproche...

4. Una vez analizadas diversas vías de justificación del recurso a medios fácticos o empíricos (pena, reproche y acusación), la legitimación que se propone se basa en la esencia de la libertad humana. Aunque esta configura y pertenece al mundo de lo comprensivo, los agentes libres operan a su vez en el mundo de la causalidad. Un razonable y adecuado uso de la libertad ha de contar con esas restricciones de orden empírico. Por tanto, además de limitaciones de carácter normativo (leyes, valoraciones, etc.), es preciso contar con la evidencia de lo fáctico (con las limitaciones biológicas y mentales). Para un ser que habita entre el mundo de la libertad y el de la causalidad, el recurso a la restricción física que supone la pena es –o debe ser– el último recurso como límite físico.

Bibliografía

- ACHENBACH, H. (1991), «Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad», en Schünemann (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (orig., 1984; trad., Silva), Madrid, pp. 134-146.
- ALPACA PÉREZ, A. (2022), *Teoría de las normas e injusto penal*, Madrid...
- BAUMANN, J. et al. (1966), *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Mohr, Tübinga.
- BURCHARD, Ch. (2021), «Von der “Strafrechts”ordnung der Prädiktionsgesellschaft zur Strafrechts”ordnung” des liberalen Rechtsstaats», en Forst; Günther, *Normative Ordnungen*, Berlin, pp. 553-579.
- CALLIES, R.-P. (1973), *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt d.M.
- CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2006), «¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar», en Jakobs, G., *La pena estatal: significado y finalidad* (orig., 2004), pp. 15-81.
- DUFF, R.A. (2001), *Punishment, Communication, and Community*, Nueva York.

- ENGLÄNDER, A. (2013), «Norm und Sanktion - Kritische Anmerkungen zum Sanktionsmodell der Norm», *Rechtswissenschaft*, 2, pp. 193-207.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2007), *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Montevideo, Buenos Aires.
- FEINBERG, J. (1965), «The Expressive Function of Punishment», *The Monist* 49-3, pp. 397-423.
- FERRAJOLI, L. (2007), «Derecho y dolor» (trad., Carbonell), *Isonomía* 27, pp. 195-204.
- FERRAJOLI, L. (2011), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (orig., 1989; trad., Andrés Ibáñez et al.), 10.^a ed., Madrid.
- FORST, R.; GÜNTHER, K. (eds.) (2021), *Normative Ordnungen*, 2.^a ed., Fráncfort d.M.
- FORST, R.; GÜNTHER, K. (2021), «Normative Ordnungen. Ein Frankfurter Forschungsprogramm», en ID. (eds.), *Normative Ordnungen*, 2.^a ed., Fráncfort d.M., pp. 9-21.
- FOUCAULT, M. (2004), *Vigilar y castigar* (orig., 1975; trad., Garzón), Buenos Aires.
- FUKUYAMA, F. (2000), *La gran ruptura. Naturaleza humana y reconstrucción del orden social* (orig., 1999; trad., Paredes), Barcelona.
- GARCÍA VALDECASAS, G. (1987), *La posesión*, Granada.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1976), «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?» (orig., 1970), en ID., *Estudios de Derecho penal*, Madrid, pp. 57-82; 3.^a ed., pp. 140-161.
- GONZÁLEZ, A.M. (1999), *El Faktum de la razón. La solución kantiana al problema de la fundamentación de la moral*, Pamplona.
- GRABE, M. (2016), «Was tun, wenn ich verletzt bin? Wege zur Vergebung», en Moos; Engert (eds.), *Vom Umgang mit Schuld. Eine multidisziplinäre Annäherung*, Fráncfort d.M., Nueva York, pp. 69-88.
- GRECO, L. (2023), «Zur Singularität der Strafe – Versuch einer Standortbestimmung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 135, pp. 378-432.
- GRIMMER, K. (1971), *Die Rechtsfiguren einer „Normativität des Faktischen“. Untersuchungen zum Verhältnis von Norm und Faktum und zur Funktion der Rechtsgestaltungsorgane*, Berlín.
- HASSEMER, W. (1983), «Alternativen zum Schuldprinzip?», en Baumgartner; Eser, *Schuld und Verantwortung. Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns*, Tubinga, pp. 89-107.
- HELLER, H. (2004), *Teoría del Estado* (orig., 1934; trad., Monereo), Comares, Granada.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1980), *La posesión*, Madrid.
- HILGENDORF, E. (2011), «Was heißt “normativ”? Zu einigen Bedeutungsnuancen einer Modevokabel», en Mahlmann (dir.), *Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleuthner*, Baden-Baden, pp. 45-62.
- VON HIRSCH, A. (2016), «El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”» (orig., 2002; trad., Alcácer), en Hefendehl; von Hirsch, Wohlers (eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid...
- HÖRNLE, T. (2011), *Straftheorien*, Tubinga.
- HÖRNLE, T. (2013), *Kriminalstrafen ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*, Baden-Baden.
- JAKOBS, G. (1976), *Schuld und Prevention*, Tubinga.
- JAKOBS, G. (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (orig., 1995; trad., Cancio; Feijóo), Madrid.
- JAKOBS, G. (1997), *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2.^a ed., Berlín.

- JAKOBS, G. (1999), *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3.^a ed., Berlín.
- JAKOBS, G. (2003), *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad., Cancio; Feijoo), Madrid.
- JAKOBS, G. (2004), «Personalidad y exclusión en Derecho penal» (orig., 2001; trad., Manso), en ID., *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, pp. 51-73.
- JAKOBS, G. (2006), *La pena estatal: significado y finalidad* (orig., 2004; trads. y estudio preliminar, Cancio; Feijoo), Cizur Menor (Navarra).
- JAKOBS, G. (2008a), *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3.^a ed., Berlín.
- JAKOBS, G. (2008b), *El Derecho penal como disciplina científica* (orig., 2007; trad., van Weezel), Cizur Menor (Navarra).
- JAKOBS, G. (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort d.M.
- JAKOBS, G. (2015), *Nötigung. Darstellung der gemeinsamen Wurzel aller Delikte gegen die Person*, Paderborn.
- JELLINEK, G. (1960), *Allgemeine Staatslehre* (1.^a ed., 1900; 2.^a ed., 1905), 3.^a ed., 1914, 7.^a reimpr., Darmstadt.
- JONAS, H. (2000), *El principio vida. Hacia una biología filosófica* (orig., 1966; trad., Mardomingo), Madrid.
- KANT, I. (1803), *Die Metaphysik der Sitten, 1797-98, Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlín, vol. VI.
- KELLER, R. (1995), «Der Verlust von orientierungskräftiger Gegenständlichkeit im Strafrecht und der Normativismus. Zum Einfluß von Wissenschaft, Technik und Zweckrationalität auf das Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 107, pp. 457-497.
- KINDHÄUSER, U. (2011a), «Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal», en Kindhäuser; Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Buenos Aires, Montevideo, pp. 3-28.
- KINDHÄUSER, U. (2011b), «Retribución de culpabilidad y pena», en Kindhäuser; Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Buenos Aires, Montevideo, pp. 147-179.
- LESCH, H.H. (1999), *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Colonia, Berlín...
- LINDEMANN, G. (2006), «Die faktische Kraft des Normativen», *Ethik in der Medizin* 4, pp. 342-347.
- LISZT, F. von (1905), «Der Zweckgedanke im Strafrecht» (orig., 1882), en ID., *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, Berlín (reimpr., Berlín, 1970), pp. 126-179.
- MAÑALICH, J.P. (2011a), «Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena», en Kindhäuser; Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Buenos Aires, Montevideo, pp. 29-65.
- MAÑALICH, J.P. (2011b), «Pena y ciudadanía», en Kindhäuser; Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Buenos Aires, Montevideo, pp. 115-146.
- MEYER, F. (2013), «Die faktische Kraft des Normativen. Das BVerfG und die Verständigung im Strafverfahren», *Neue Juristische Wochenschrift* 66, núm. 26, pp. 1850-1853.
- MIR PUIG, S. (1976), *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona.
- MIR PUIG, S. (1982), *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 2.^a ed.

- MIR PUIG, S. (2015), *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., Barcelona.
- MÖLLERS, Ch. (2011), *Staat als Argument*, 2.^a ed., Tubinga.
- MONTERO, F. (2023), *Equivalentes funcionales de la pena retributiva. Teoría general y aplicación práctica al desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria y la confesión*, Barcelona.
- NAVARRO-DOLMESTCH, R. (2022), *Legalidad penal como limitación al poder punitivo*, Madrid.
- PAULY, W. (1996), «Verfassungswandel und „Normative Kraft des Faktischen"», en Jellinek, Georg, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (orig., 1906), reimpr., Pauly, W. (ed.), Goldbach.
- PAWLIK, M. (2019), *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal* (orig., 2017; trads. Robles; Pastor; Coca), Barcelona.
- PÉREZ BARBERÁ, G. (2014), «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución», *InDret* 4, pp. 1-43.
- PUPPE, I. (2014), «El Derecho penal como comunicación. Aportaciones y peligros de un nuevo paradigma en la dogmática del Derecho penal» (orig., 1999; trad. Bermejo), en Puppe; Pastor Muñoz (coord.), *El Derecho penal como ciencia*, Buenos Aires, Montevideo, pp. 101-136.
- RADBRUCH, G. (1973), *Rechtsphilosophie*, 8.^a ed., Stuttgart.
- ROBINSON, P.H. (2000), «Why Does the Criminal Law Care the Layperson Thinks Is Just? Coercive Versus Normative Crime Control», *Virginia Law Review* 86, 8, pp. 1839-1869.
- ROBLES PLANAS, R. (2021), *Teoría de las normas y sistema del delito*, Barcelona.
- ROXIN, C.; GRECO, L. (2020), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 5.^a ed., Múnich.
- RUIZ MIGUEL, A. (2018), «Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)», *InDret* 2, pp. 1-15.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2008), *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo, Buenos Aires.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2019), «Lo normativo y lo fáctico», en García Cavero; Chinguel Rivera (coords.), *Derecho penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Lima, pp. 25-59.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2022), «Los límites de lo normativo», *InDret* 3, pp. 147-171.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2023), «El valor de lo empírico», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3.^a época, 29 (enero), pp. 373-411.
- SANZ MORÁN, Á. (2016), «Acerca de las medidas cautelares personales aplicables a los sujetos inimputables autores de un delito», *Revista de Derecho y Proceso Penal* 42, pp. 213-230.
- SANZ MORÁN, Á. (2022), «Las personas con discapacidad y las últimas reformas penales», en Ferré Olivé et al. (eds.), *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, vol. 2, Liber Amicorum. *Derechos Humanos y Derecho Penal*, Salamanca, pp. 375-388.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2006), «Del Derecho abstracto al Derecho "real". Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 182 págs.», *InDret* 4, pp. 1-6.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2008), «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio "jurisdiccional" de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado», en García Valdés et al. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, pp. 661-690.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2011), *La expansión del Derecho penal*, 3.^a ed., Madrid, Buenos Aires, Montevideo.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2014), «¿Puede considerarse el remordimiento una "poena naturalis"?», *InDret* 3 (Editorial), pp. 1-3.

- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2015), «Patologías del dolor penal», *InDret* 1 (Editorial), pp. 1-3.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2018), *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2022), *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2023), «La condición humana y el castigo estatal», en Carnevali Rodríguez (dir.), *Libro Homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder. Hacia un Derecho penal liberal*, Valencia, pp. 453-468.
- SCHULZE, R. (2016), «Schuld und Scham als Kategorien kultureller Taxonomie», en Moos; Engert (eds.), *Vom Umgang mit Schuld. Eine multidisziplinäre Annäherung*, Fráncfort d.M., Nueva York, pp. 217-243.
- TANNER, J. (2000), «Die faktische Kraft des Normativen? Zur Bedeutung des Rechts im gesellschaftlichen Wandel?», en Verein Junger RechtshistorikerInnen Zürich (ed.), *¿Rechtsgeschichte(n)?, ¿Histoire(s) du droit?, ¿Storia/Storie del diritto?, ¿Legal Histori(es)?, Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker Zürich 28.-30. Mai 1999*, Berna, pp. 13-27.
- TORÍO LÓPEZ, Á. (1985), «El concepto individual de culpabilidad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 38, pp. 285-301.