

Aut-aut? Los modelos de derecho penal ante la paradoja de la condición humana

*Jesús-María Silva Sánchez**

Sumario. 1. Introito. 2. El dualismo moderno. 3. Dos visiones reduccionistas del ser humano y dos modelos reduccionistas de Derecho penal. 3.1. El Derecho como anuncio y ejercicio de la coacción frente a egoístas «prudenciales». 3.2. El Derecho en busca de reconocimiento por parte de agentes morales. 4. La unidad paradójica de la persona real y la teoría del Derecho penal. 4.1. El significado de las distinciones «*good man/bad man*» o «*vir bonus/vir malus*». 4.2. El Derecho penal como orden de reconocimiento y coacción. La pena como comunicación de reproche e inflicción de dolor.

Resumen. El texto de Jesús-María Silva Sánchez reflexiona sobre los modelos contemporáneos del Derecho penal a partir de la paradoja antropológica del ser humano, retomando la disyuntiva kierkegaardiana del *aut-aut* (vida empírica o moral). El autor plantea que las concepciones modernas del Derecho penal —empirista y normativista— han fracasado al intentar explicar al ser humano desde una sola de sus dimensiones: la empírica-instrumental (que ve al individuo como peligro) o la moral-racional (que lo concibe como sujeto de razones).

Silva Sánchez analiza dos modelos reduccionistas. El primero, de raíz empirista y utilitarista (Hobbes, Hume, Bentham, Feuerbach), fundamenta el Derecho penal en la coacción y prevención, reduciendo la pena a un mecanismo de intimidación y control social. El segundo, de corte racionalista y normativista (Hegel, Jakobs, Pawlik), concibe el Derecho como un orden de reconocimiento dirigido a agentes morales, pero desconoce su dimensión coactiva y empírica. Ambos modelos, al excluir parte de la condición humana, generan visiones parciales: el primero trata a las personas como animales que deben ser contenidos, y el segundo expulsa del Derecho penal a quienes no internalizan las normas.

El autor propone superar esta dicotomía mediante una visión integradora del ser humano como unidad paradójica de razón y empiria. Desde esta pers-

* *Universidad Pompeu Fabra.* jesus.silva@upf.edu

pectiva, el Derecho penal debe entenderse simultáneamente como orden de reconocimiento moral y orden coactivo, y la pena como comunicación de reproche e inflicción de dolor, expresión de ambas dimensiones. En síntesis, el texto invita a un Derecho penal que reconozca la dualidad constitutiva de la persona real, evitando tanto el moralismo deshumanizante como el mecanicismo punitivo.

Abstract. Jesús-María Silva Sánchez's essay explores the models of criminal law through the lens of the anthropological paradox of the human condition, inspired by Kierkegaard's *aut-aut* dilemma (empirical versus moral life). The author argues that modern criminal law doctrines —the empiricist/instrumentalist and the rationalist/normative— have failed by reducing human behavior to only one dimension: either as a dangerous empirical being or as a purely rational subject.

He identifies two reductionist models. The first, rooted in empiricism and utilitarianism (Hobbes, Hume, Bentham, Feuerbach), grounds criminal law on coercion and prevention, viewing punishment as intimidation and social control. The second, of rationalist and normative orientation (Hegel, Jakobs, Pawlik), sees law as a moral order of recognition, but ignores its coercive and empirical nature. Both perspectives are incomplete: one dehumanizes offenders through pure coercion, while the other excludes those who fail to internalize norms.

Silva Sánchez proposes an integrative view of the human being as a paradoxical unity of reason and empiricism. Consequently, criminal law should be understood both as an order of moral recognition and of coercion, and punishment as both communication of reproach and infliction of pain—a synthesis of rational and empirical dimensions. Ultimately, the essay calls for a criminal law that embraces the dual nature of human reality, avoiding both moralistic abstraction and punitive mechanism.

Palabras clave. Modelos de Derecho penal. Dualismo antropológico. Coacción y reconocimiento. Pena y reproche. Condición humana

Keywords. Models of criminal law. Anthropological dualism. Coercion and recognition. Punishment and reproach. Human condition

1. INTROITO

En 1843 el filósofo danés Søren Kierkegaard escribió su famoso libro *«Aut-Aut»*, que versa sobre la disyuntiva del ser humano entre la opción por una vida *lato sensu* empírica o por la vida moral. Ciertamente, en lo que hace al proyecto de vida, existe la posibilidad de optar por la satisfacción —más o menos prudencial— de los deseos

actuales o por el sometimiento de estos a un camino moral que apunte a bienes más altos. Sin embargo, la pregunta que interesa aquí es si acaso el ser humano –cualquier ser humano– puede ser comprendido prescindiendo de su vertiente empírica (prudencial; o instrumental); o, viceversa, prescindiendo de su vertiente moral. Las doctrinas del Derecho penal de la modernidad han pretendido lo uno y lo otro, sin especial éxito. Frente a tales planteamientos formulados en términos alternativos («aut-aut»), debe proponerse uno de carácter integrador («et»), aunque no concebido de modo meramente acumulativo o copulativo, sino de unidad paradójica.

2. EL DUALISMO MODERNO

Como es sabido, la modernidad jurídico-penal adoptó el modelo del dualismo cartesiano, que a su vez había fracturado la unidad del ser humano postulada por la antropología filosófica clásica. En efecto, el cartesianismo había situado la *res extensa* humana –el cuerpo– en el ámbito de competencia exclusiva de las ciencias empíricas; y, por otro lado, la *res cogitans* humana –la mente– en el ámbito de competencia de la filosofía. Este dualismo, que ha proseguido en los últimos siglos, ha permitido que los científicos experimentales traten al ser humano como un «pedazo de carne» y que los filósofos racionalistas se vuelquen en su cualidad de «sujeto trascendental», generador de las ideas y del lenguaje. Sin embargo, quienes se ocupan del comportamiento humano han topado con la dificultad de que este constituye una unidad inescindible de ambas dimensiones. Aun así, entre estos, unos han optado *grosso modo* por reducir el objeto de su estudio a la conducta empírica del hombre fenoménico, mientras que otros se centraban en el sentido del comportamiento racional del hombre nouménico. Así, a una línea empirista, que trae causa de la obra de Hume,¹ se le puede contraponer otra, que se expresa sobre todo en la obra de Hegel. Ello da lugar a monismos reduccionistas –respectivamente materialista o idealista– que, con diversas variantes, prosiguen hasta hoy.

En el ámbito del Derecho penal, la perspectiva empirista se ha centrado en una visión del hombre como «peligro» para los demás (el hobbesiano *homo homini lupus*). En efecto, desde este punto de vista el delito es el producto de un impulso humano frente al cual el Estado debe recurrir a la coerción física o a la coacción psicológica. Así pues, constituye la base de la concepción instrumental-preventiva del Derecho penal, esto es, de las doctrinas de la prevención general intimidatoria –de Bentham y Feuerbach–² y de la prevención especial –de von Liszt–. Por su parte, la segunda

¹ Críticos, Binding, K. (2009). *La culpabilidad en Derecho penal* (1919). Montevideo: BdeF, p. 34; Köhler, M. (1997). *Strafrecht AT*. Berlin: Springer, pp. 38-40.

² Ciertamente, Feuerbach admite la existencia de un sujeto racional-libre que es el propio del mundo de la ley moral. Sin embargo, lo considera irrelevante para el Derecho, que en su concepción debe operar como un puro mecanismo de coacción extrínseca. Crítico: Renzikowski, J. (2020). «Der Geist

contempla al ser humano como un sujeto racional que, en su calidad de tal, atiende a razones. Sentado esto, el delito aparece como algo de entrada inexplicable, como una auto-contradicción del sujeto racional. Por ello, el Estado tiene que devolverle al delincuente la racionalidad perdida mediante una pena retributiva al modo hegeliano. Como se advierte, resulta fácil advertir seguidores actuales de ambos puntos de vista que, al incurrir en sesgos reduccionistas, se muestran incapaces de dar cuenta de la unidad del ser humano.

3. DOS VISIONES REDUCCIONISTAS DEL SER HUMANO Y DOS MODELOS REDUCCIONISTAS DE DERECHO PENAL

3.1. El Derecho como anuncio y ejercicio de la coacción frente a egoístas «prudenciales»

En la base del modelo de individuo de Hobbes y Hume³ –y, con matices, de Bentham y Feuerbach– se halla la predisposición humana al delito, elevada a la condición de categoría.⁴ Así, este modelo parte de que el sujeto se inclina por delinquir tan pronto como los efectos de la comisión del delito satisfacen sus deseos, esto es, sus impulsos actuales. Sin embargo, tal sujeto empírico, egoísta y peligroso, también es racional –a los efectos del Derecho, posee una razón prudencial, no moral–.⁵ Por esta razón, un sujeto egoísta prudencial solo delinque si el saldo de placer y displacer derivado de la comisión del delito le sale a cuenta. A su vez, el Derecho, que pretende que no delinca, no recurre a la comunicación de lo que está bien o mal, porque el mundo ideal-normativo de lo moral es ajeno a lo jurídico. En efecto, el Derecho pertenece al mundo sensible-fenoménico (regido por la determinación causal),⁶ de modo que se sirve de la coacción externa. En este marco, lo preferible sería impedir el delito mediante la pura coacción física. Sin embargo, esto es imposible, de modo que el Derecho debe recurrir a la coacción psicológica. Así, intenta persuadir mediante la amenaza de pena, para que el sujeto destinatario de esta pondere los costes del delito con los beneficios que espera obtener de él y, al final, no lo cometa.⁷

ist willig, doch das Fleisch ist schwach. Zum Begriff der Person bei Kant». En Fernandes Godinho et al. (eds.). *Dasein und Gerechtigkeit, Liber Amicorum Faria Costa*, Baden-Baden: Nomos, pp. 155 y ss., 160 y ss.

³ Searle, J. (2000). *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*. Madrid: Paraninfo, pp. 8 y ss., 177-178.

⁴ Greco, L. (2015). *Lo vivo y lo muerto en la teoría del Derecho penal de Feuerbach*. Madrid: Marcial Pons, pp. 75 y ss., 279 y ss.; Renzikowski, J. (2020). *Op. cit.*, 159 ss.

⁵ Greco L. (2015). *Op. cit.*, p. 281.

⁶ Greco L. (2015). *Op. cit.*, pp. 49 y ss.

⁷ Feuerbach, P. J. A. (1801). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*. Gies-sen: Heyer, §§ 17 y 18. Críticos, Köhler, M. (1997). *Op. cit.*, pp. 45 y ss.; Jakobs, G. (2000). «Stra-

Aut-aut? Los modelos de derecho penal ante la paradoja de la condición humana

Ahora bien, el sistema de la coacción psicológica –la amenaza de pena–, en combinación con el sistema policial y judicial existente, sitúa los costes del delito en un momento futuro e incierto, mientras que los beneficios del delito suelen ser ciertos e inmediatos. Por lo tanto, hay que aceptar que, en muchos casos, delinquir sea racional en términos prudenciales. En este punto se hace patente otro aspecto, menos atendido, de la teoría de la intimidación. A saber, la entrada en juego de la pasión –irracional– del miedo; en otras palabras, el sesgo cognitivo de la aversión a la cárcel. Además, este miedo se reafirma mediante el terror penal –el exceso punitivo– que recae sobre quien es aprehendido, juzgado y condenado.⁸ Esta es la explicación de, al menos, algunos casos en los que no se delinque. En todo caso, el que un sujeto concreto no delinca tampoco tiene un significado especial para el Derecho, sino que constituye un fenómeno puramente psicológico o social. En efecto, cabe que un sujeto no delinca por miedo, por análisis racional de la amenaza de pena o porque ya estuviera determinado a no delinquir por motivos intrínsecos.

Por su parte, la comisión del delito por parte de un sujeto tampoco tiene más sentido que revelar que el nivel de coerción no ha sido eficaz. Consiguientemente, hay que imponer y ejecutar la pena sobre el sujeto para confirmar la seriedad de la amenaza frente al conjunto de los delincuentes potenciales. Es decir, es preciso incrementar en lo posible el nivel de coacción psicológica existente, mediante la aplicación de coacción física. Así pues, la coacción física postdelictiva que experimenta el sujeto delincuente no se debe a algo que él haya hecho, sino únicamente a la necesidad de aumentar la intensidad de los mecanismos de prevención general.⁹ Eso sí, el respeto debido al delincuente exige que la coacción física que este soporta para que los demás sean intimidados se ajuste a ciertos criterios de distribución de cargas.¹⁰

Lo anterior pone de relieve que el sistema de coacción psicológica –esto es, la amenaza de recurrir a una coacción física– no es la solución óptima para un Estado que quiera prevenir delitos. En efecto, un Estado preventivo pasado, presente o futuro tiene que plantearse la alternativa de la coacción física predelictiva, es decir, la

frechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung». En Ulfried Neumann/Joachim Schulz (Hrsg.), *Verantwortung in Recht und Moral, ARSP Beiheft 74*. Stuttgart: Franz Steiner, pp. 57 y ss., 58; el mismo (2020). *Kritik des Vorsatzbegriffs*. Tübingen: Mohr Siebeck, p.10.

⁸ Trías E. (2005). *La política y su sombra*, Barcelona: Anagrama, pp. 41 y ss.: según Hobbes, todos tenemos una predisposición al delito, de modo que es el miedo al otro el que determina la construcción del Estado, cambiándose el miedo al otro por el terror al Estado; pp. 159 y ss.: es propio de la condición humana realizar actos «inhumanos».

⁹ La perspectiva de la prevención especial es ajena a esta lógica, aunque puede complementarla perfectamente.

¹⁰ Así pues, la pena instrumental de la prevención general no es tan diferente de la medida de seguridad, reacción instrumental de prevención especial). En ambos casos se da una fundamentación instrumental y una limitación –en su caso– por criterios de justicia distributiva.

opción de impedir de forma directa la producción de las infracciones. Ciertamente, el sistema de coacción física –o prevención fáctica– no se impuso en el pasado y solo se utiliza de modo parcial en el presente.¹¹ Sin embargo, ello no se debe a que se haya considerado ineficiente, sino a dos razones, una técnica y otra estrictamente jurídica. La primera es la imposibilidad de implantarlo de modo generalizado.¹² La segunda, en cambio, considera sus efectos nocivos de restricción «de la libertad». Ahora bien, la cuestión es de qué libertad se está hablando aquí: ¿de la libertad (externa) de cometer delitos, o de la libertad (externa) de realizar conductas que no son constitutivas de delito? La primera es precisamente la que el Estado pretende eliminar mediante la coacción psicológica. Por lo tanto, si la coacción física solo incidiera impidiendo la comisión de delitos, entonces un Estado preventivo no tendría ninguna razón para renunciar a ella. Ciertamente, hasta ahora la coacción física ordenada a la evitación de delitos ha tenido también efectos –secundarios, colaterales– de restricción de otras dimensiones de la libertad distintas de aquella que se proyecta en la comisión de aquellos. Sin embargo, esta razón no se dirige contra la coacción física en sí, sino contra el hecho de que es poco selectiva o distintiva. Por lo tanto, en el caso de que lograra serlo, aparentemente no existiría objeción para aplicarla.

Este modelo se centra en la dimensión de la positividad del Derecho, es decir, en su fuerza coactiva. Sin embargo, ignora, por un lado, que las personas también son sujetos morales y que su condición de tales tiene una gran relevancia en el hecho de que se abstengan de cometer delitos. Ello, a su vez, determina que la legitimidad del contenido de las normas y de quien las promulga alcance alguna relevancia. En definitiva, partiendo exclusivamente de la positividad coactiva del Derecho y de la dimensión empírica de las personas, se desatiende absolutamente la «dimensión ideal» de aquél, igual que la dimensión moral de estas últimas. En la expresión de Hegel, se las trata a palos, como si fueran perros.

3.2. El Derecho en busca de reconocimiento por parte de agentes morales

Según una visión distinta, el Derecho entabla una comunicación moral con los destinatarios de sus normas. De este modo, pretende conseguir el reconocimiento –la aceptación– de aquéllos,¹³ o como mínimo orientarlos en cuanto a lo que se espera de ellos. En otras palabras, quiere alcanzar la adhesión a las normas en virtud del

¹¹ Feuerbach, P.J.A. (1801). *Op. cit.*, §§ 12 y ss.

¹² Ambos aspectos –imposibilidad física y jurídica– están presentes en la discusión tradicional, al menos desde Feuerbach: Pawlik, M. (2019). *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*. Barcelona: Atelier, p. 45.

¹³ Peñaranda Ramos, E. (2001): «Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal», *RPDyJP* 2, pp. 401 y ss., 432.

concreto contenido de estas o, al menos, de la legitimidad del procedimiento de su elaboración. En todo caso, es este modelo se apela los destinatarios como sujetos que atienden a razones. Así, se supone que las normas no buscan manipular el sistema de motivación del destinatario para que este haga o deje de hacer algo, sino sencillamente que lo haga o lo deje de hacer porque reconozca que ese es su deber. Al respecto señala Pawlik: «La retirada de instancias externas de disciplina debe compensarse mediante una autodisciplina suficientemente fiable de los ciudadanos. Un Estado orientado a la libertad solo puede existir porque y en la medida en que sus ciudadanos se someten en general, por obediencia libre, al Derecho, de modo que las acciones antijurídicas constituyan fenómenos aislados».¹⁴

La declaración es sorprendente porque ignora la dimensión coactiva del Derecho –es más, parece sostener que ésta no existe en un Estado liberal– al igual que las tendencias «empíricas» de sus ciudadanos.¹⁵ Ahora bien, en realidad son muchos los que sostienen que en un Estado liberal el Derecho es un orden de coacción externa que precisamente no puede buscar la internalización de sus normas por parte de los destinatarios. En este contexto, podría afirmarse que la pretensión de obediencia libre –de reconocimiento– constituye un punto intermedio entre una hipotética pretensión del Derecho de que sus destinatarios internalicen el contenido de sus normas y su reducción a la mera coacción externa. En este sentido afirma Jakobs: «...el orden social debe reconocer al ser humano como una persona si se trata de que constituya algo más¹⁶ que mera coerción, es decir, un deber comprensible. La otra cara del postulado es: la persona, por su parte, debe reconocer el orden social en sus rasgos generales o al menos no combatirlo; de lo contrario, a la sociedad solo le queda la coerción».¹⁷

Cómo debe tener lugar el proceso que conduzca al reconocimiento del orden normativo es, supuestamente, cuestión personal de cada destinatario. Así: «es cometido de quien está sometido a la norma procurarse razones para cumplirla».¹⁸ O, más extensamente: es «asunto de cada ciudadano la fuente motivadora de la que emana

¹⁴ Pawlik, M. (2019). *Op. cit.*, p. 45; el mismo (2016). *Ciudadanía y Derecho penal*. Barcelona: Atelier, pp. 134-135.

¹⁵ Günther, K. (1999). «Jenseits von idealistischer und rollenfunktionaler Strafbegründung». En Siller/Keller (Hrsg.). *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*. Baden-Baden: Nomos, 141 ss., 145.

¹⁶ Es decir, como se advierte, no niega la coactividad del Derecho, sino que parece afirmar que no debe (o no puede) reducirse a ella.

¹⁷ Jakobs, G. (2010), «Zum Begriff der Person im Recht». En Heinz Koriath et al. (Hrsg.). *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung. Festschrift für Fritz Loos*, Göttingen: Universitätsverlag, pp. 69 y ss., 83.

¹⁸ Jakobs, G. (1997). «El principio de culpabilidad». En el mismo. *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas, pp. 365 y ss., 382; el mismo (2020). *Op. cit.*, p. 34: «El Derecho no puede fundamentar la preferibilidad subjetiva de su seguimiento y, por tanto, genera personas cuya tarea propia consiste en procurarse una motivación suficiente para el seguimiento del Derecho».

su disposición a ser fiel al Derecho. En cambio, es responsabilidad de cada ciudadano el cumplimiento externamente correcto de las tareas concretas de sus roles sociales (...). El Derecho penal en el sentido aquí acogido no exige nada más que este patriotismo del cumplimiento de la norma».¹⁹ Según esto, el Derecho penal es únicamente un orden externo de libertad, que pretende el cumplimiento «externamente correcto» de las normas. Así pues, *ex ante* no es coactivo ni moralizante,²⁰ puesto que no entra ni sale en las razones de los destinatarios para cumplir las normas. Ahora bien, si estas se incumplen, interviene para reforzar de modo neutro el propio orden normativo.

Sin embargo, esta visión es demasiado aséptica y distante de la realidad. En efecto, si uno se acerca un poco más a cómo son las cosas, se advierte que un «destinatario» puede cumplir el Derecho por razones muy diversas. Así: (i) porque no puede infringirlo (por coacción física); (ii) por razones prudenciales o miedo (por coacción psicológica); (iii) porque tiene razones o hábitos morales que coinciden con el contenido de la norma jurídica; o, en fin (iv), porque hace suyo –internaliza– el contenido material de la norma o, al menos, asume el deber de cumplirla por ser formalmente legítima. Ahora bien, esto pone de relieve la importancia que, en el cumplimiento del Derecho, tiene la educación en razones intrínsecas, hábitos positivos (virtudes) y en el autocontrol de las pasiones. En efecto, la educación moral no es solo un proceso de internalización de razones, sino también de habituación de conductas, que tiene o debe tener lugar de modo ordinario en las instituciones sociales –familia, escuela, vecindario, lugar de trabajo–. Cuando aquella va menguando, los destinatarios del Derecho generan actitudes meramente estratégicas –prudenciales, instrumentales– frente a las normas jurídicas. Entonces, el Estado no tiene otra opción que la de compensar los déficits de seguimiento mediante un incremento de la coacción externa –física o psicológica–. Ahora bien, es común sostener que el Estado liberal también aspira a disminuir la coacción. Sin embargo, ello conduce a un callejón sin salida. En efecto, dado que los destinatarios de las normas jurídicas no las cumplen por razones o hábitos morales propios, un Estado que tampoco quiere incrementar la coacción no tiene más opción que pretender que se internalicen las razones jurídicas en tanto que jurídicas. Es decir, su conversión de razones extrínsecas en intrínsecas, algo que tampoco es coherente con el Estado liberal. Por ello, se ha señalado con razón que el Estado liberal (y su Derecho) viven de presupuestos que no pueden garantizar.²¹ Ignorar esta circunstancia constituye un déficit de la mayoría de las teorías contemporáneas del Derecho y del Estado, porque solo teniéndola presente es posible advertir la necesidad de optar por una de tres: (i) incrementar la coacción física y

¹⁹ Pawlik, M. (2019). *Op. cit.*, p. 46.

²⁰ Solo indica el contenido de lo esperado y anuncia las consecuencias de la infracción.

²¹ El famoso *dictum* de Böckenförde: «Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann». Böckenförde, E.-W. (1991): «Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967)». En el mismo. *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt: Suhrkamp, pp. 92 y ss., 112.

psicológica; (ii) obligar a internalizar las razones jurídicas en tanto que jurídicas; o (iii) fomentar las instituciones sociales en las que se generan razones intrínsecas y hábitos de conducta coherentes con el contenido del Derecho y no el individualismo de la desvinculación. Lo más razonable es que el Estado –por liberal que este sea– opte por esto último, puesto que cualquiera de las otras dos alternativas son «menos» liberales. Sin embargo, todo parece indicar que la opción está siendo el incremento de la coacción externa, tanto física como psicológica.²²

En todo caso, se advierte que una teoría jurídico-normativa pura del Derecho (penal) y de sus destinatarios, que hace abstracción tanto de la coactividad y de la moralidad del Derecho, como de la persona real –que es empírica pero también moral-normativa– es tan reduccionista como la visión empírica expuesta antes. En efecto, el sujeto-destinatario del Derecho no es un ser humano distinto del sujeto empírico ni del sujeto moral. Por el contrario, esas tres dimensiones se integran indisolublemente en la unidad –paradójica– de la persona humana. El reduccionismo de una teoría pura jurídico-normativa del Derecho penal se comprueba con claridad si se tiene en cuenta la segunda parte –más oscura– de esta construcción. En efecto, sentado todo lo anterior, se pasa a señalar que «una persona no se comporta criminalmente, sino que se determina por el Derecho vigente. De lo contrario es defectuosa».²³ O, expresado de otro modo, que este es un modelo de Derecho para los ciudadanos como seres racionales libres y sensibles a la comunicación, y no como meras fuentes de peligro que deberían inocuizarse.²⁴ Ciertamente, el que reconoce las normas internaliza y automatiza su cumplimiento. Pero ¿y si no se reconocen? Entonces se afirma que el sujeto se pierde la humanidad. Sin embargo, no cabe negar que el delito es relativamente ubicuo. Así las cosas, ¿cabe afirmar seriamente que la comisión de un delito conlleva una despersonalización? Ahora bien, si no basta con uno ¿con cuántos delitos se despersonaliza una persona? Y entonces ¿el reincidente se despersonaliza?²⁵

²² Una descripción sumaria en Silva Sánchez, J.M. (2023). «La condición humana y el castigo estatal». En Raúl Carnevali (ed.). Libro Homenaje al profesor Carlos Künsemüller. Valencia: Tirant, pp. 453 y ss., 461 y ss.

²³ Jakobs, G. (2008). *Rechtswang und Personalität*. Köln: Brill | Schöningh, p. 32; críticos, Hörnle, T. (2015). «Das Menschenbild des Rechts». En Jan Christoph Heilinger/ Julian Nida-Rümelin (Hrsg.). *Anthropologie und Ethik*. Berlin: De Gruyter, pp. 97 y ss., 102: «una concepción puramente normativa del ser humano no sería base suficiente para un ordenamiento jurídico: son necesarias las referencias a los conocimientos empíricos sobre el ser humano»; Neumann, U. (2019). «Aufgabe des Strafrechts und Strafbegründung». En Urs Kindhäuser et al. (Hrsg.). *Strafrecht und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 269 y ss., 273.

²⁴ Pawlik, M. (2019). «Das Strafrecht der Gesellschaft». En Urs Kindhäuser et al. (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 224 y ss., 246.

²⁵ Kleinfeld, J. (2016). «Two Cultures of Punishment». *Stanford Law Review* 68, pp. 933 y ss., 941: «Implicit in American punishment is the idea that serious or repeat offenses mark the offenders as morally deformed people rather than ordinary people who have committed crimes».

Antes se había podido observar que quien expulsa la moralidad del Derecho penal, reduciéndolo a coactividad, trata a las personas como animales. Ahora puede añadirse que quien expulsa la coactividad del Derecho penal, expulsa de su ámbito a un amplio grupo de personas. Curiosamente, con ello también acaba tratando a buena parte de las personas como animales –eso sí, limpiamente fuera del Derecho penal–.

4. LA UNIDAD PARADÓJICA DE LA PERSONA REAL Y LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL

4.1. El significado de las distinciones «good man/bad man» o «vir bonus/vir malus»

En la doctrina jurídica de finales del siglo XIX se produjo una novedad, representada por la adopción de una cierta acumulación de los dos planteamientos mencionados. En concreto, ello conducía a afirmar que algunos hombres son «sujetos empíricos», mientras que otros responden al modelo del «sujeto racional».²⁶ En realidad, la novedad de la existencia de un *good man* y un *bad man* no era tanta, pues ya en la tradición clásica se distinguía entre el hombre justo –*vir bonus*– y el injusto –*vir malus*–.²⁷ Así, ya Aristóteles cita a Platón en el sentido de que «el hombre bueno va a prestar oídos a la razón por vivir orientado hacia el bien, pero el malo «debe» recibir castigo con dolor, como una bestia de carga, por tender hacia el placer».²⁸ A lo que añade el propio Estagirita que la mayoría «obedecen más a la necesidad que a la razón, y más a los castigos que al bien». ²⁹ Ahora bien, con ello se está poniendo de relieve que no es que existan unos hombres buenos y otros hombres malos, sino que en todo ser humano hay una parte por determinar de hombre bueno, que se rige por la razón y el bien –por la moralidad–, y otra parte de hombre malo que se rige por la necesidad y por el castigo –por la empiria–.³⁰ Es decir, que el bien y el mal coexisten

²⁶ Holmes, Jr., O.W. (1897). «The Path of Law». *Harvard Law Review* 10, pp. 457 y ss., 459: «If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, and not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience».

²⁷ Aristóteles. *Ética*. 1179b; Pérez del Valle, C. (2020). «El Derecho penal y la significación moral de la pena en John Finnis». *Persona y Derecho* 83, pp. 491 y ss., 493 y ss.

²⁸ La amenaza es necesaria para proporcionar seguridad (confianza) en que quienes no ven en las normas la expresión de la justicia también las cumplirán: Flanders, Ch. (2016). «Criminals behind the Veil: Political Philosophy and Punishment», *Brigham Young University Journal of Public Law* 31, pp. 83 y ss., 93.

²⁹ Aristóteles, *Ética*, 1180a-1180b.

³⁰ Es coincidente la distinción aséptica entre el punto de vista externo e interno acerca del Derecho, que propuso Hart, H.L. (2012). *The Concept of Law*, 3ª ed. Oxford: Clarendon, p. 89: «it is possible

en todas las personas. Aunque para el filósofo macedonio aparentemente la mayoría de los hombres sean más malos que buenos, también cabría concluir que todos pueden obrar bien. Esta última parece ser la conclusión de Kant, tras dar cuenta de que el ser humano pertenece simultáneamente a dos mundos, a saber, al sensible (es un *Sinnenwesen* o bien un *homo phaenomenon*) y al inteligible (es un *Vernunftwesen* o bien un *homo noumenon*).³¹

Así pues, el sujeto absolutamente empírico –el *bad man*– no existe. De hecho, cualquiera obra bien de vez en cuando y no solo porque su impulso momentáneo coincida con el bien. En efecto, incluso el sujeto más «empírico» está co-constituido por una normatividad intrínseca que le apela a través de la conciencia como camino de búsqueda del bien. Ciertamente, la ausencia de reflexión moral y de hábitos de conducta moral puede hacer más probable que obre mal, pero esto no excluye lo anterior.³² Igualmente, el sujeto absolutamente trascendental –cuasi-angélico– tampoco existe. En efecto, incluso el hombre bueno también obra mal, aunque solo sea por debilidad, pues existe una brecha entre cómo pensamos y cómo actuamos.³³ Así, como mínimo, puede delinquir, aunque sea por imprudencia o en situaciones grises, cuando su conducta afecta a personas no identificadas o actúa en grupo. En efecto, los estudios del comportamiento llevados a cabo en los últimos cincuenta años han puesto de relieve que el ser humano no es un egoísta racional, ni tampoco un sujeto moral perfecto, sino más bien un agente con conocimiento limitado y voluntad imperfecta.³⁴

4.2. El Derecho penal como orden de reconocimiento y coacción. La pena como comunicación de reproche e inflicción de dolor

La paradójica «dualidad en la unidad» que es propia del ser humano se recibe necesariamente en la bidimensionalidad del Derecho, como orden de reconocimiento y de orden coactivo. En efecto, la permanente discusión sobre si el Derecho penal es lo uno o lo otro debe zanjarse poniendo de relieve que ambas dimensiones son

to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group which accepts and uses them as guides to conduct. We may call these respectively the 'external' and the 'internal' points of view».

³¹ Renzikowski, J. (2020). *Op. cit.*, pp.167 y ss., 170.

³² Existe en algunos una predisposición a realizar actos malos, mientras que en otros se da la virtuosa disposición a la realización de actos buenos: Duff, A. (2002). «Virtue, Vice, and Criminal Liability». *Buffalo Criminal Law Review* 6, pp. 147 y ss., 162-163.

³³ Flanders, Ch. (2016). *Op. cit.*, p. 97: «We need punishment, as a threat and maybe as eventually an applied sanction, to assure one another that there are incentives for compliance, incentives that can fill whatever gap there is between people's sense of justice and their actual behavior».

³⁴ Silva Sánchez, J.-M. (2016). *Fundamentos de Derecho penal de la empresa*, 2ª ed. Buenos Aires: BdeF, pp. 247 y ss.

ineludibles.³⁵ En la primera dimensión orienta a quienes lo reconocen sobre cómo cumplir el deber ser jurídico, dando razones para que obren de acuerdo con el orden normativo. En la segunda, recurre a la coacción psicológica –amenazando con penas–. Por tanto, no es correcto plantear la disyuntiva entre un sistema de motivación y uno de comunicación,³⁶ del mismo modo que no cabe proponer teorías unitarias e infracomplejas de la pena.³⁷

La infracción –la comisión del delito– pone de relieve de modo acumulativo: (i) que el destinatario no atiende a razones; y (ii) que tampoco le influye la amenaza. Entonces, la pena muestra asimismo una doble dimensión comunicativa y coactiva. En efecto, por un lado, expresa el reproche que se le dirige al agente por no haber actuado conforme a las razones del Derecho o, al menos, conforme a razones compatibles con ellas. Por otro lado, la pena se muestra como ejercicio de coacción contra el sujeto por no haber reaccionado siquiera a la amenaza. En suma, la pena reproduce las dos dimensiones –de pretensión de reconocimiento y coactiva– del Derecho, ahora en la forma de juicio de reproche y de producción de un daño. Ahora bien, esto pone de relieve que la aflicción de la pena no solo es un medio de hacer inteligible el reproche, como sostienen la mayoría de las doctrinas expresivas, sino también –y a la vez– un modo más directo de hacer experimentar al sujeto el poder coactivo del Estado. Es decir, constituye una coacción física que también confirma la seriedad de la amenaza frente a él mismo (en forma de prevención especial intimidatoria).³⁸

³⁵ Trinkner, R./Tyler, T. (2016). «Legal Socialization: Coercion versus Consent in an Era of Mistrust». *Annual Review of Law and Social Science* 12, pp. 417 y ss. y 425 ss.

³⁶ Sin embargo, Feijóo Sánchez, B. (2021). «La pena en la ley: ¿**Conminación o comunicación con ciudadanos?**». En De Vicente *et al.* (ed.). *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*, Vol. 2, pp. 853 y ss.

³⁷ Próximo, según creo, Miró Llinares, F. (2017). «Aproximación a la función de la pena desde las evidencias sobre el cumplimiento normativo». En Silva Sánchez *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Mir Puig*. Montevideo: BdeF, pp. 143 y ss.

³⁸ Aparte de los efectos sobre otros terceros de esa coacción experimentada por el sujeto, a lo que se sigue citando Jakobs, G. (2020). *Op. cit.*, p. 3.