

**HONRAR AL DELINCUENTE COMO CIUDADANO**  
**Michael PAWLIK responde a la pregunta**  
**de por qué pena el Estado\***

ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE

*Catedrático Emérito de Derecho Público en la Universidad de Friburgo de Brisgovia*  
*Magistrado emérito del Tribunal constitucional de Alemania*

**SUMARIO:** Las dos obras recensionadas por BÖCKENFÖRDE tratan sobre un mismo tema: la función de la pena analizada desde la perspectiva filosófico-jurídica. JAKOBS defiende, en sentido *hegeliano*, que la función de la pena es una de prevención general: la fidelidad al Derecho y la reafirmación de la vigencia de la norma. Especial atención dedica a la función de la pena en el Derecho penal del enemigo. Por su parte, PAWLIK reinterpreta la aportación *hegeliana* de que la pena honra al delincuente como ser racional. Así, sostiene que, del mismo modo que el ciudadano únicamente puede encontrar su libertad en el Derecho, ha de encontrar en el mismo ciertos límites (penas) que garanticen ese espacio de libertad.

**PALABRAS CLAVE:** función de la pena, prevención general, fidelidad al Derecho, reafirmación de la vigencia de la norma, Derecho penal del enemigo, Derecho y garantía de libertad.

**SUMMARY:** BÖCKENFÖRDE reviews two works concerning identical subject: the goal of punishment as seen from a legal-philosophical perspective. In a HEGELIAN sense, JAKOBS defends that the end goal of punishment has a general deterrence nature: norm compliance and reassurance of the ruling of law. He par-

---

\* Traducción española de Miguel POLAINO-ORTS, *Magister iuris comparativi*, Universidad de Bonn.

Original alemán: «Den Täter als Bürger ehren. Michael Pawlik antwortet auf die Frage, warum der Staat straft», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Miércoles 15 de Diciembre de 2004, Nr. 293, pág. 38.

El texto constituye una recensión crítica de la obra de Michael PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Schriften zum Strafrecht, Heft 153, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 2004 (*Persona, sujeto, ciudadano. Sobre la legitimación de la pena*, Escritos de Derecho penal, cuaderno 153, Editorial Duncker & Humblot, Berlín, 2004), 124 págs., en rústica, 49,80 €.

*ticalary focus on the meaning of Punishment in Enemy's Criminal Law. PAWLIK revisits the HEGELIAN notion of Punishment being an homage to the criminal as a racional subject. Therefore, he assures that, in the same sense a citizen can only find his freedom in Law, he finds legal limits (punishments) in order to guarantec his liberties.*

**KEY WORDS:** *the goal of punishment, general deterrene nature, norm compliance, reassurance of the ruling of Law, enemy's criminal Law, guarantee his liberties.*

Que en una comunidad estatal ordenada se impongan penas por parte del Estado y exista un Derecho penal es algo que, para nosotros, se sobreentiende. A pesar de ello, subsiste la pregunta: ¿Por qué existe realmente la pena —la pena como acto coactivo del Estado y restrictivo de la libertad— que se impone como reacción frente a la lesión de una determina regla jurídica, y se imputa reprobadoramente a una persona? Cuando alguien ha cometido un injusto, y a efectos de satisfacer las exigencias de justicia ¿no puede todo quedarse en una compensación de daños y perjuicios, o en una real o —si ésta ya no fuera posible— simbólica reparación o compensación a la víctima? ¿No resulta esto obvio desde la pretensión humana y jurídica de libertad que todo individuo tiene, aunque actúe de manera ilícita?

De esta cuestión, de si y por qué debe ser legítima la pena estatal, se ocupa Michael PAWLIK, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Regensburg, en su muy impresionante escrito. Él pone de relieve esta cuestión, tras ocuparse del Derecho penal vigente, con profundo conocimiento de la literatura jurídico-penal y en productiva controversia con las diferentes teorías de la pena. Estas teorías de la pena no se quedan en un «juego de artificio o puramente decorativo»\* en sí mismas, sino que surten efecto tanto para la fundamentación y el más preciso perfeccionamiento del Derecho penal y de sus sanciones como para su aplicación. Dicho efecto es variable, según que el fundamento y finalidad de la pena sea la prevención de futuros delitos, la retribución del hecho cometido, la mejora o bien la resocialización del autor o el restablecimiento y protección del ordenamiento jurídico quebrado.

PAWLIK ve en la discusión jurídico-penal de los últimos años un retroceso de la —durante largo tiempo— predominante teoría

---

\* El autor emplea la expresión «*Glasperlenspiel*», que literalmente significa: «juego de perlas de cristal» y tiene el sentido expresado en el texto.

de prevención, en favor de la vuelta o de la renovación de las teorías penales retributivas, que fundamentan la pena primariamente como retribución del hecho injusto cometido, para restablecer el estado jurídico destruido por el hecho y para asegurar y confirmar la fidelidad al Derecho de los ciudadanos. PAWLIK celebra esta evolución, porque —a su juicio— las teorías preventivas (ya sea como prevención general negativa, ya como prevención especial, ya como prevención general positiva) no son consistentes ni tampoco adecuadas a la hora de brindar una verdadera legitimación a la pena estatal.

La prevención general negativa y la prevención especial las ve, además, y con razón, en el peligro de instrumentalizar la pena en relación a un beneficio social o individual que se pretenda alcanzar, y de orientar el pensamiento policial de seguridad en otro sentido, lo que sin duda alguna afecta a la posición subjetiva del delincuente. Al margen de ellas, el autor plantea la cuestión de si la teoría de la retribución y del restablecimiento del Derecho, que progresivamente va ganando terreno, se halla en el camino correcto de fundamentar la pena como pena.

Aquí desarrolla ahora PAWLIK una nueva doctrina, que camina a lo largo de HEGEL, y que no sólo se muestra lógica, sino también orientadora. La referencia a la justicia, que a través de la pena ha de ser restablecida, así como el aseguramiento de la conciencia jurídica y de la confianza del ciudadano en el ordenamiento jurídico, no son —según sostiene el autor— suficientes para la legitimación de la pena, aunque como efecto de la misma revistan importancia. Tampoco lo es el restablecimiento de la relación de reconocimiento mutuo entre autor y víctima. Ninguno de ellos basta para fundamentar la pena como acto coactivo soberano y como intromisión en la libertad, más allá de la compensación de la lesión a la víctima o de prestaciones de reparación, que de manera horizontal pudiera tener lugar en la relación entre autor y víctima.

La fundamentación de que la pena *debe ser* de manera general, de acuerdo con su tesis (*scil.* de PAWLIK), y de forma paralela a la fundamentación del Estado en el mundo moderno, ha de partir de la libertad. Debe concentrarse en asegurar la libertad de los ciudadanos, y darle su concreta existencia (*Dasein*). PAWLIK efectúa una notable vinculación entre teoría del Estado y teoría de la pena, y ello hace el trabajo importante e interesante más allá del ámbito del Derecho penal. El Estado moderno y su Derecho se legitiman mediante la posibilidad y el aseguramiento de libertad. Pero la libertad no puede existir, en la convivencia humana, antes del Derecho —ello significaría discrecionalidad y

poder del más fuerte—, sino únicamente puede existir en el Derecho, mediante la limitación de las esferas de libertad en relación con los demás y a través de un ordenamiento jurídico basado en el poder, es decir, estatalmente garantizado. Ese ordenamiento concede a la libertad, ante todo, una existencia asegurada, un concreto ser.

El Derecho como ordenamiento de la existencia de la libertad no puede tener permanencia sin participación de los «asociados jurídicos» (*scil.* ciudadanos), sin su observación jurídica y sin su fidelidad al Derecho. Quien lesione los intereses vitales o los bienes jurídicos de otros, y —en este sentido— actúe antijurídicamente, menoscaba y lesiona con ello, al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico estatalmente asegurado como ordenamiento de la libertad, para el cual, él, en tanto ciudadano, responde mediante su propia fidelidad al Derecho.

La pena sanciona este injusto del ciudadano, que él —como sujeto de la sociedad— comete al mismo tiempo con la lesión de los intereses vitales y los bienes jurídicos de otro sujeto, y —del mismo modo— los ataques inmediatos contra los bienes generales, instituciones y procesos de ese ordenamiento de la libertad. La pena sirve para el restablecimiento y el mantenimiento del Derecho, para su fortalecimiento y poder espiritual como ordenamiento de la existencia de la libertad y de esa manera encuentra su legitimación. El individuo, cuando actúa como sujeto, presupone siempre el ordenamiento de libertad, pero es corresponsable por su existencia. De esta manera, el autor resulta reconocido en la pena como ciudadano y, como señala HEGEL, honrado como tal. Ello tiene repercusiones en la configuración del Derecho penal y en la medición de la pena, que PAWLIK menciona, pero sin desarrollar minuciosamente.

Esta legitimación de la pena no es fácilmente comprensible desde un punto de partida acentuadamente individualista, como el actual espíritu de la época enseña. Pero dicha legitimación refleja la dependencia fundamental de la existencia de la libertad de cada ser humano en relación a un ordenamiento de libertad asegurado y trascendente, que la presupone y que únicamente puede ser realidad en tanto parte suya. El todo es, visto de esta manera, antes que la parte y el particular es, en tanto parte, corresponsable de ese todo y de su existencia.

Si se reconoce esto, entonces le corresponde al ordenamiento de la libertad del Derecho una soberanía y una autoridad propia, que hacen que el Derecho y el ordenamiento jurídico no permitan ser comprendidos exclusivamente como tecnología social adecuada a la función ni como instrumento de compensación de inte-

reses. PAWLIK, en el tema de la legitimación de la pena, hace ello evidente con una argumentación no complicada y objetivamente convincente. Esta argumentación puede encontrar, y lo hará, más después de los acontecimientos del 11 de Septiembre de 2001, una comprensión basada en la experiencia. *Hegelianizar* puede, en consecuencia, merecer la pena.