

GÜNTHER JAKOBS

NORMA, PERSONA Y SOCIEDAD

Traductor:
Juan Carlos Gemignani

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA

2023

PRESENTACIÓN DEL TRADUCTOR

En confesión de credo metodológico, JAKOBS afirma en el prólogo a la segunda edición de su *Derecho Penal* de 1991¹: «El mundo conceptual jurídico-penal ha de organizarse con arreglo a la misión social del Derecho penal y no conforme a datos previos naturales o de cualquier otra clase ajenos a la sociedad».

En la obra que aquí se presenta, el autor ofrece un desarrollo integral de los fundamentos filosóficos de su concepción metodológica, exponiendo de manera compendiada su entendimiento sobre la persona, la norma y la imputación, y con ello, haciendo evidentes las bases para el entendimiento de la «misión social» del Derecho penal.

Esta es la razón por la que este libro resulta, en coincidencia con la opinión de su propio autor —según expresó al aceptar la edición en español—, uno de los libros más importantes de su obra. Y ciertamente esa es la razón por la que hemos asumido la responsabilidad de la traducción.

El adjetivo alemán *wirklich* significa, simultáneamente, ‘realidad y verdad’. Sin embargo, en la obra, el autor utiliza el término para referir dos circunstancias distintas. La elección del término en español, en cada oportunidad,

¹ Günther JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

se corresponde en significado con el contexto en que *wirklich* aparece, aunque la comprensión del significado que el autor le concede surge de la lectura integral del libro.

Agradezco muy especialmente al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Günther JAKOBS la autorización para la traducción del libro, y también a la Editorial Marcial Pons, y a sus directores Pedro Pons y Alejandro Linares Luque, por su siempre generosa disposición para la edición.

Juan Carlos GEMIGNANI
Buenos Aires, mayo de 2022

PRÓLOGO PARA LA PUBLICACIÓN EN ESPAÑOL

Un orden normativo es estable si determina de forma fiable la comunicación, es decir, el *significado* de los comportamientos que modifican el *statu quo*. En este pequeño libro, trato de identificar las condiciones a partir de las cuales surge un orden normativo. Esto produce inicialmente un resultado negativo: los individuos humanos no pueden producir un orden normativo *per se*, especialmente no a través de un contrato, pues dicho contrato ya presupone un orden normativo precontractual, principalmente la vigencia de la norma *pacta sunt servanda*. La coacción tampoco es una condición, al menos no es una condición suficiente; porque la coacción es un hecho, y ninguna norma se desprende de un hecho. En consecuencia, además de la interpretación del mundo que comprende el individuo humano, hay que establecer otra interpretación, la de las *personas* normativamente constituidas (portadores de derechos y obligaciones). Si esta nueva interpretación se entiende como un paso o incluso una astucia de la razón o como emergencia, es una cuestión bastante secundaria.

Los dos esquemas interpretativos no están desvinculados; porque el cuerpo y la psiquis de los individuos también se atribuyen a las personas. Una norma válida no debe entenderse como un mero diseño de pensamiento,

sino como un orden para el estado de los «cuerpos animados». Por lo tanto, un orden normativo solo ganará estabilidad si permite que los individuos se lleven bien. El heroísmo puede caracterizar situaciones excepcionales, pero no la vida cotidiana.

La tensión entre la individualidad y la personalidad es especialmente evidente en el caso de la imputación penal: el comportamiento delictivo no es personal, sino que surge de una mezcla de preferencias y disgustos individuales. Esto puede ser tolerado en un caso individual especial, por ejemplo, cuando el actor está luchando por ganarse la vida mínimamente (como en un estado de necesidad disculpante), pero no en el caso normal. A pesar de la falta de personalidad, un orden normativo debe reaccionar ante tal comportamiento si el delincuente es al menos *apto* como persona (personalidad formal); porque entonces su comportamiento es una contradicción contra su inclusión en el orden normativo, que, en este sentido, en el acto, no determinó la comunicación. Esta contradicción queda drásticamente marginada por el castigo y así se estabiliza el orden normativo.

Revisé las tesis del pequeño libro esbozadas aquí hace una década y media cuando preparaba la 3.^a edición y aún hoy las mantengo. Mientras tanto, he aclarado o detallado algunas de ellas, por ejemplo: *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012; «Normative Erwartungen», en DENCKER *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Tolkdorf*, 2014, pp. 281 y ss.; *Theorie der Beteiligung*, 2014; «Person und Subjekt in Hegels “Grundlinien”», *RphZ*, N.º 4, 2017, pp. 341 y ss.; *Kritik des Vorsatzbegriffs*, 2020. (Ninguno de los textos ha sido traducido al español).

Para la edición en español, quisiera agradecer al colega Prof. Juan Carlos GEMIGNANI, que tradujo el libro y negoció la publicación. También me gustaría agradecer a

la editorial Marcial Pons por asumir el riesgo de la publicación y a la editorial de la versión alemana, Duncker & Humblot, por su autorización para publicar la traducción.

Günther JAKOBS
Bonn y San Agustín, mayo de 2022

PRÓLOGO

En este pequeño libro, argumento afirmativamente sobre la tesis, no exactamente nueva, pero hoy en día mayoritariamente descartada, de que los individuos humanos *no* pueden como tales, es decir, por sí mismos, fundar una sociedad normativamente estructurada y, de esta manera, transformarse de individuos a personas. La individualidad es *un* esquema de significado (esquema de orientación); la normatividad, otro; y cada uno de los dos esquemas se basa en su propio código (forma su propio sistema), y el otro código permanece externo (un sistema no forma parte del otro, sino de su entorno). Este punto de vista contradice los intentos modernos de basar la sociabilidad ordenada en el discurso o el consenso entre *individuos* (*intersubjetividad*; mejor sería: interindividualidad) o simplemente en la dignidad humana; en todo caso, en los logros o distinciones de los *individuos*. Este punto de vista también contradice (al menos en la Filosofía del Derecho de habla alemana de la actualidad) las interpretaciones psicologistas del —*sit venia verbo*— idealismo objetivo de HEGEL. Así que no me sorprende que algunos lectores, aunque no todos, para mi gusto, hayan analizado de manera atenta y considerada las dos ediciones anteriores (1997, 1999). En esta tercera edición, intento responder los comentarios críticos, y los autores de estos comentarios encontrarán fácilmente mis respuestas en el texto, aunque normalmente no proporciono referencias. (El libro se lee

como un informe de discusión y, ciertamente, no como un pequeño libro de texto).

Las instituciones normativas solo pueden orientar en la vida cotidiana (y no solo en algún escenario inventado) si están sustentadas cognitivamente; porque el cuerpo de una persona es también el cuerpo de un individuo que quiere obtener su sustento (*v.* IV.D). He subrayado esta conexión entre la situación normativa y la cognitiva a lo largo de todo el texto, por ejemplo, en la sección sobre la reacción a las perturbaciones (*v.* IX) y allí especialmente en las observaciones sobre la función del *dolor punitivo*. Las explicaciones, más precisas que en las ediciones anteriores, están introducidas por la nueva sección «Persona y obligación» (*v.* VIII).

Se han planteado objeciones críticas a algunos detalles de la doctrina de la imputación, que se presenta de forma ampliada en esta edición (*v.* IX.A), en el sentido de que tales detalles no podían derivarse de un planteamiento de la abstracción presentada. Esta objeción es correcta, y espero haber dejado suficientemente claro que no me interesa fijar todos los detalles de una vez por todas, y que cualquier otra concreción sería errónea; más bien, quiero mostrar *cómo* realizar las concreciones mediante una visión constante de las condiciones existentes de una sociedad normativamente constituida, por lo que la concreción puede conducir a diferentes resultados dependiendo de la forma básica de esa sociedad.

Como en las ediciones anteriores, el lector puede empezar a leer con el resumen de las tesis (*v.* XII) —ahora ampliadas—; entonces tendrá al menos una idea sobre la dirección del camino.

Quiero dar las gracias a los directores de la editorial Duncker & Humblot GmbH, Sr. Prof. Dr. h. c. Norbert Simon y Sr. Dr. Florian Simon, tanto por animar una

revisión a fondo como por mantener disponible la edición anterior. Mi agradecimiento también es para la Sra. Referente Julia Lohse, quien ha corregido todo el texto con su gran minuciosidad.

GÜNTHER JAKOBS
Bonn, San Agustín, junio de 2008

I. UN INDIVIDUO AISLADO

Pensemos en un ser humano que vive solo, sin ningún conocimiento de los demás. La secuencia de sus percepciones ordenará al individuo según un esquema de deseo y disgusto, y él procurará para sí aquello que le genere placer, e intentará evitar aquello que le provoque disgusto. A condición de que cuente con tiempo y motivos para realizar pruebas y correcciones, optimizará su situación siempre que el esfuerzo necesario no sea superior al resultado. Los progresos prácticos dependerán de las contingentes condiciones: qué percibe como deseo y como disgusto, cuán rápidamente su mente procesa la experiencia, cuán favorables son las condiciones del medio ambiente, etcétera; teóricamente, nada impide un alto grado de eficiencia.

¿Qué puede saber un individuo tan solitario del mundo en el que se organiza? El mundo es para él como un consciente conjunto de estados de satisfacción y de disgusto. Todo lo que afecta a sus sentidos, lo que en cualquier caso se le presenta como una fascinación de sus sentidos, incluidos los sueños, solo se ordena y se procesa según el esquema de satisfacción y disgusto. No existe para este individuo ningún mundo objetivo, en el sentido de un mundo aclarado por él, porque el individuo no puede sobrepasar el esquema mencionado; todo lo suyo es homogéneo. Puesto que no hay nada fuera de ese

esquema, de manera ilimitada y en todas partes ese esquema está presente: cualquier cosa que él tenga en cuenta es siempre satisfacción o disgusto.

De este modo, el individuo comparte la posición sobre el todo, de manera ilimitada: puesto que lo ilimitado no puede percibirse, ya que es parte de todo lo que se puede percibir, es parte también del trasfondo ante el cual algo tendría que distinguirse si se quiere captar en forma aislada. Así, tampoco el vegetal solitario puede captarse a sí mismo (ya sea a través de la percepción o del pensamiento); tanto el primer plano como el fondo son lo propio de él y, por lo tanto, no son adecuados para aislarlo. Un ejemplo puede ilustrar esto: si todo lo que un individuo ve estuviese cubierto por un velo gris homogéneo y se hubiese borrado la memoria de lo que se ve claramente, el gris se convertiría en la propiedad de todo lo visible, y nada se desprendería de ese fondo ni podría aislarse. Tampoco se puede considerar existente aquel cuyo propio orden por excelencia determina todo.

¿Pero el individuo solitario no aislará al menos su cuerpo como propio? Seguramente lo verá como una fascinante parte del mundo: justamente, percibe su propio cuerpo como real, y no el entorno; solo su cuerpo duele o se refresca, y no su entorno; solo él, y no las ramas de un árbol, se mueve súbitamente, etcétera, pero estas y muchas otras peculiaridades del cuerpo son para el individuo solitario solo peculiaridades dentro de la experiencia propia de la homogeneidad. La nieve que se siente dolorosamente fría solo está en el mundo porque se siente dolorosamente fría. Este hombre solitario, a pesar de diferenciar entre la nieve fría y la mano que siente frío, no alcanza la comprensión de sí mismo, ya que él está presente en ambas partes por igual. Solo si entendiera que la nieve podría ser más que una razón para su actual sensación de disgusto, habría eliminado su ausencia de límites.

¿Y qué sucede si el individuo que vive solo observa sus manifestaciones de vida? Solo puede hacerlo de una manera no fructífera, porque la observación de la propia conducta es una condición necesaria, pero no suficiente, para aislarse del propio mundo. Tal observación es solo una manera del ser; lo propio también es ilimitado, ya que todo es propio e ilimitado. Solo cuando el observado se aparta del observador, es decir, cuando un yo observa algo que a su vez no es solo yo, la observación trae más que una recapitulación de lo ya existente o una ampliación según las características de lo ya existente. Hablando con ejemplos: un animal devorador, que ve como devora, es un animal devorador que ve como devora, y nada más. Por lo tanto, el individuo solitario no puede deducir nada de la diferencia de la experiencia en el estado de vigilia y en el sueño. Puede experimentar que en la mayoría de los casos es difícil conectarse a las experiencias de sueño, aunque para los que están en el estado de vigilia ello suceda de manera habitual. Sin embargo, esto puede suceder de manera inversa (el camino soñado hacia un espacio idílico se revela viable después del despertar) y, en cualquier caso, no ayuda a separar el mundo del estado actual de su propia consciencia y sentimiento.

Pero ¿puede el individuo solitario crear una diferencia en la homogeneidad de su cabeza, y establecer así que la observación no es solo la propia? El hecho de que la actividad espiritual del individuo sea altamente improbable —como si, por ejemplo, de repente desarrollara solo en su mente el dibujo del diseño de una máquina de vapor— no es una objeción de principio a la posibilidad de tal actividad. Por lo tanto, se supone que el individuo solitario es capaz de tal actividad espiritual y también aprovecha su capacidad. ¿Cuál sería el resultado? Se trataría de un juego del pensamiento, uno de los innumerables, pero un proceso no vinculante, un juego como-sí, en el que no

se produciría nada que pudiera afectar a la existencia del hombre solitario. El individuo no hace nada malo y no se pierde nada al ser él mismo ilimitado. En un mundo como el que aquí se le ha asignado, solo le queda esta posibilidad, y las condiciones de este mundo pueden ser superadas, en todo caso, en un juego no vinculante, es decir, solo dentro de su esquema de vida, es decir, dentro de su ausencia de límites².

Esta descripción se podría decorar, pero solo dentro del mismo estilo, sin innovaciones, siempre en el propio puro e ilimitado mundo. Por último, esto queda claro en el caso en que el individuo solitario juzga su pasado y su futuro, es decir, parece que reflexiona sobre sí mismo. Se muestra solo así: el caso es que el individuo ha descubierto el efecto embriagador de los jugos fermentados y los fabrica según lo previsto. Sin embargo, después de haberlo disfrutado intensamente, se siente incómodo. Durante esta indigencia, proyecta un futuro con un consumo solo moderado de estas bebidas, pero si empieza de nuevo, el placer del consumo supera las consecuencias indeseadas. No se puede llegar a una noción de sí mismo, aunque sea negativa, al negarse retroactivamente como bebedor: ¡Eso no es cierto! Puede tomar precauciones y fermentar tan poco jugo que la moderación se ve de hecho forzada. El proceso puede ocurrir de la manera descrita, pero no conduce a un concepto de individuo por sí mismo; ya que también con la determinación «¡Esto no es cierto!» no salta por sobre sus propias normas. El tratamiento de la realidad dada por el esquema de satisfacción y disgusto no requiere precaución frente a lo incontrolable si se quiere maximizar con seguridad la satisfacción; por lo tanto, el individuo debe ser consciente de que, como bebedor,

² Vid. N. LUHMANN, *Soziale Systeme, Grunriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, 1984, p. 360.

juzgará o será juzgado de manera diferente a lo que está haciendo ahora con visión de futuro o como anticipación. Pero esta conciencia de su conciencia se coloca dentro de su propio mundo homogéneo de satisfacción y disgusto: una mirada en sí misma en el espejo del pasado o en una proyección en el futuro es como una mirada en un espejo real; quizás muestre una parte del mundo hasta entonces invisible (por ejemplo, en el reflejo de su propia cara), pero no es un mundo con un nuevo orden.

II. DOS INDIVIDUOS UNO JUNTO AL OTRO

A. MUTUA INFLUENCIA DE LOS INDIVIDUOS

El mundo de cada individuo se enriquece ahora con un segundo individuo solitario. ¿Cuál es el resultado? *Per se*, el mundo se complica, pero no pierde necesariamente la cualidad de ser solo —ahora con más precisión: propio de *cada uno*— un mundo propio. ROUSSEAU refiera esta situación (junto con otros autores), de una manera que, como se demostrará, no puede aceptarse): «Él [el individuo] solo sentía sus necesidades reales y solo tomaba nota de lo que creía que era de interés para él...»³. Esto puede leerse de la siguiente manera: el individuo estaba determinado por sus propias necesidades e intereses, sin tener en cuenta las necesidades e intereses de los demás individuos; entonces, solo se conocía la satisfacción y el disgusto que su esquema desencadenaba.

La visión según la cual el individuo actúa y percibe según su propio esquema no excluye de antemano el logro de un punto en común con los demás, pero sí el sacrificio de sí mismo por el otro: si la víctima ayuda en el proceso a la

³ J.-J. ROUSSEAU, «Über der Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen», en *Schriften zur Kulturkritik*, ed. de K. WEIGAND, 2.^a ed., Hamburgo, 19712, p. 184.

satisfacción del agresor, o incluso a evitar su propio disgusto, será la misma víctima quien genere la satisfacción. Sin embargo, hay pocas razones para suponer que la naturaleza haya establecido a los individuos humanos de tal manera que exista armonía entre ellos, o que la promoción del género humano sea el placer del individuo. Aunque la naturaleza anima al hombre a seguir viviendo y a reproducirse, en caso de un amplio desmantelamiento de todas las condiciones, es decir, en caso de una deficiencia⁴, el comportamiento del hombre deseado por naturaleza es incalculable⁵.

Por lo tanto, sea cual sea el orden que resulte según el esquema de satisfacción y disgusto, por falta de previsibilidad, el resultado no será una coincidencia armoniosa si no se compensa el déficit natural. Aquí se puede objetar si —con ARISTÓTELES— la compensación está concebida en la naturaleza, es decir, «si el Estado pertenece a las cosas que existen en la naturaleza y si el hombre es por naturaleza un ser estatal»⁶, o si con la crítica de HOBBS a ARISTÓTELES, la comunión natural se limita a la convivencia entre «abejas y hormigas»: «La concordancia de estos seres vivos es natural, la de los seres humanos se basa en un tratado que es artificial»⁷. En cualquier caso, un orden común no se deriva ya, *per se*, del esquema individual satisfacción-disgusto, sino que, en todo caso, se transmite mediante la comprensión de un orden de la naturaleza.

Cuando un individuo se encuentre con otro, se dará cuenta de que esta porción del medio ambiente es excelente

⁴ A. GEHLEN, *Der Mensch Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, 13.^a ed., Wiesbaden, 1986, p. 20.

⁵ C. VOGEL, *Vom Töten zum Mord*, Múnich-Viena, 1989, p. 103.

⁶ ARISTÓTELES, *Politik*, trad. de E. Folfes, 4.^a ed., Hamburgo, 1981, p. 4 (1253a).

⁷ T. HOBBS, *Leviathan oder Stoff, From und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, ed. por I. FETSCHER, Frankfurt an Main, 1984, pp. 133 y ss.

en comparación con el mundo conocido hasta ahora: el otro individuo busca lo mismo que él, y huye también de lo que él huye. Esto puede conducir a la competencia, por ejemplo, en la disputa por los frutos, pero también a la cooperación, por ejemplo, en la fuerza que se imprime a un rodillo de un pedazo de roca que es demasiado difícil de mover para un solo individuo. Puede dejarse de lado lo que es más probable que ocurra (en caso de escasez de bienes —los beneficios de la cooperación siguen siendo desconocidos—, lucha; en caso de abundancia —ignorancia de la necesidad—, ¿observación interesada y cooperación posterior?), y lo que es más improbable; se trata únicamente de la compatibilidad de la situación con un mundo propio.

Si hay alguna cooperación, y si ella es tan débil que consiste, por ejemplo, en calentarse mutuamente en una noche fría, el individuo debe ser capaz de estimular al otro a comportarse de cierta manera. Por lo tanto, tiene que aprender que llevará al otro a un comportamiento determinado. En casos individuales, esto solo incluye lo que algunos animales pueden hacer (como que un choque contra el otro atrae su atención), sin embargo, más que las cooperaciones consistentes en el desencadenamiento de una única reacción o una secuencia de reacciones preformadas, ellas solo son posibles si el individuo anticipa que el otro percibe y procesa lo percibido según un esquema determinado; pero no se trata de una anticipación abstracta, sino concreta: que el otro ve, oye, huele y busca algunas cosas, como el calor moderado, y que huye del frío y el calor extremos.

Puede que se quede con este conocimiento práctico de la capacidad de influir en el otro; pero en algún momento también puede llegar a ser consciente —de manera amplia— de la identidad con el esquema según el cual el individuo mismo administra su mundo. Se puede