

GÜNTHER JAKOBS

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

Fundamentos y teoría de la imputación

PAG. 3 - 42.

Traducción:

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS
JOSE LUIS SERRANO GONZALEZ DE MURILLO
(Universidad de Extremadura)

2.ª edición, corregida

MARCIAL PONS, EDICIONES JURIDICAS, S. A.
MADRID, 1997

CAPITULO PRIMERO

La punición estatal

APARTADO 1

Contenido y misión de la punición estatal

BIBLIOGRAFIA SOBRE I A V: V. Achter, Geburt der Strafe, 1951; M. Adams y St. Shavell, Zur Strafbarkeit des Versuchs, GA, 1990, pp. 337 ss.; P.-A. Albrecht, Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen, ZStW, 97, pp. 831 ss.; M. Ancel, Die neue Sozialverteilung. Eine Bewegung humanistischer Kriminalpolitik, 1970; F. Arloth, Strafzwecke im Strafvollzug, GA, 1988, pp. 403 ss.; G. Arzt, Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; *el mismo*, Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, 1970; J. L. Austin, Ein Plädoyer für Entschuldigungen, en: G. Meggle (ed.), Analytische Handlungstheorie, t. I, 1977, pp. 8 ss.; P. Badura, Generalprävention und Würde des Menschen, JZ, 1964, pp. 337 ss.; A. Baratta, Integrations-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe, KrimJ, 1984, pp. 132 ss.; J. Baumann, Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht und vom Sinn staatlichen Strafers, JurBl., 1965, pp. 113 ss.; *el mismo*, Strafe als soziale Aufgabe, Noll-Gedächtnisschrift, pp. 27 ss.; M. Baumann, Zweckrationalität und Strafrecht, 1987; E. Bebing, Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908; E. Bering, Die Generalprävention, Pallin-Festschrift, pp. 31 ss.; H. Bielefeldt, Strafrechtliche Gerechtigkeit als Anspruch an den endlichen Menschen, GA, 1990, pp. 108 ss.; G. Blau, Diversion und Strafrecht, Jura 1987, pp. 25 ss.; *el mismo* y E. Franke, Diversion und Schlichtung, ZStW, 96, pp. 485 ss.; M. Bleuler-Sühne und ärztliche Behandlung in ihrer heilenden Bedeutung, en: E. R. Frey (ed.) Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, pp. 103 ss.; L. Böllinger, Generalprävention als Sozialisationsfaktor?, KrimJ, 1987, pp. 32 ss.; J. Bohnert, Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982; E. Brandt, Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für Entpoenalisierungen im Kriminalrecht, 1988; H.-J. Bruns, Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, Welzel-Festschrift, pp. 739 ss.; *el mismo*, Strafzumessungsrecht, 2.ª ed., 1974; R.-P. Callies, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1973; *el mismo*, Strafzwecke und Strafrecht, Zeitschrift für Evangelische Ethik, 33 (1989), pp. 109 ss., y NJW, 1989, pp. 1338 ss.; D. Dölling, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?, ZStW, 102, pp. 1 ss.; E. Dreher, Über die gerechte Strafe, 1947; J. Driendl, Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetzgebungswissenschaft in der Gegenwart, 1983; E. Dürkheim, Kriminalität als normales Phänomen, en: F. Sack y R. König (ed.), Kriminalsoziologie, 1968, pp. 3 ss.; U.

Ebert, Das Vergeltungsprinzip im Strafrecht, en: *H.-H. Krummacker* (ed.), Geisteswissenschaften wozu?, 1988, pp. 357 ss.; *el mismo*, Talion und Spiegelung im Strafrecht, Lackner-Festschrift, pp. 399 ss.; *K. Engelhardt*, Psychoanalyse der strafen- und kriminalpolitischen Probleme, 1976; *A. Eser*, Resozialisierung in der Krise? Peters-Festschrift, pp. 505 ss.; *F. Exner*, Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914; *L. Festinger*, Theorie der kognitiven Dissonanz, ed. von *M. Irle*, y *V. Möntmann*, 1978; *P. J. A. v. Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799, reimpression, 1966; *O. K. Flechtheim*, Hegels Strafrechtstheorie, 2.^a ed., 1975; *N. Forster*, Positionen der schweizerischen Lehre in der Diskussion um die Strafrechtstheorien, *SchWZStr.* 101 (1984), pp. 242 ss.; *E. Folz*, Bemerkungen zur Generalprävention, *NSZ*, 1990, pp. 219 ss.; *D. Frey*, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987; *E. R. Frey*, Schuld-Verantwortung-Strafe als kriminalpolitisches Problem, en: *el mismo* (ed.), Schuld-Verantwortung, Strafe, 1964, pp. 297 ss.; *M. Frommel*, Präventionsmodelle in der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1987; *W. Gallas*, Gründe und Grenzen der Strafbarkeit. Gedanken zum Begriff des Verbrechens, en: *Universitäts-Gesellschaft Heidelberg* (ed.), Heidelberg Jahrbücher, t. IX, 1965, pp. 1 ss.; *H. Garfinkel*, Bedingungen für den Erfolg von Degradierungszeremonien, en: *K. Lüderssen y F. Sack* (ed.), Seminar: Abweichendes Verhalten, t. III, 1977, pp. 31 ss.; *A. Gehlen*, Urmensch und Spätkultur. Philosophische Ergebnisse und Aussagen, 2.^a ed., 1964; *U. Gephart*, Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims, 1990; *H. Gieling*, Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts, *KrimJ*, 1987, pp. 2 ss.; *K. H. Gössel*, Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktionen, Pfeiffer-Festschrift, pp. 3 ss.; *F. Gramatica*, Grundlagen der defensoria social, 1965; *E. Hanack*, Probleme des Vikariens und der Unterbringung in einer Erziehungsanstalt (§§ 67, 64 StGB), *JR*, 1978, pp. 399 ss.; *G. Hanack*, Kriminelle Situationen. Zur Ethnographie der Anzeigerstattung, *KrimJ*, 1984, pp. 161 ss.; *B. Häfke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; *el mismo*, Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance, en: *K. Lüderssen y F. Sack* (ed.), Seminar: Abweichendes Verhalten, t. III, pp. 291 ss.; *W. Hassemer*, Generalprävention und Strafmessung, en: *Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke* (ed.), Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, pp. 29 ss.; *el mismo*, Resozialisierung und Rechtsstaat, *KrimJ*, 1982, pp. 161 ss.; *el mismo*, Strafe im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, en: *el mismo et al.* (ed.), Fortschritte im Strafrecht durch Sozialwissenschaften?, 1983, pp. 1 ss.; *el mismo*, Prävention im Strafrecht, *JuS*, 1987, pp. 257 ss.; *G. W. F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821; *J. Heilmann*, Über die Glaubwürdigkeit des Strafrechts und die Bedeutung des zwischenmenschlichen Verhältnisses für die Kriminalitätsbekämpfung, *JZ*, 1981, pp. 153 ss.; *J. Herrmann*, Diversion und Schlichtung in der Bundesrepublik Deutschland, *ZStW*, 96, pp. 457 ss.; *F. Herzog*, Die dritte Dimension der Verbrechensbekämpfung: Abschöpfung von Verbrechensgewinn, *KJ*, 1987, pp. 321 ss.; *el mismo*, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987; *E. E. Hirsch*, Die Steuerung menschlichen Verhaltens, *JZ*, 1982, pp. 41 ss.; *O. Höffe*, Kategorische Rechtsprinzipien, 1990; *N. Hoerster*, Aktuelles in Arthur Schopenhauers Philosophie der Strafe, *ARSP*, 58, pp. 555 ss.; *el mismo*, Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafs, GA, 1970, pp. 272 ss.; *H. Horkotte*, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung, *JZ*, 1970, pp. 122 ss.; *J. Hruschka*, Strafe und Strafrecht bei Achenwall. Zu einer Wurzel von Feuerbachs psychologischer Zwangstheorie, *JZ*, 1987, pp. 161 ss.; *G. Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *el mismo*, Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?, en: *D. Henrich* (ed.), Aspekte der Freiheit, 1982, pp. 69 ss.; *el mismo*, Über die Aufgabe der subjektiven Deliktseite im Strafrecht, en: *H. Witter* (ed.), Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht, 1987, pp. 271 ss.; *el mismo*, Über die Behandlung von Willensfehlern und von Wissensfehlern, *ZStW*, 101, pp. 516 ss.; *H.-H. Jeschick*, Grundlagen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die

gesamte Strafrechtswissenschaft, *ZStW*, 93, pp. 3 ss.; *G. Kaiser*, Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970; *el mismo*, Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts, *ZStW*, 86, pp. 349 ss.; *el mismo*, Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminalpolitik, Klug-Festschrift, pp. 579 ss.; *el mismo*, Gewinnabschöpfung als kriminalpolitisches Problem und kriminalpolitische Aufgabe, Tröndle-Festschrift, pp. 685 ss.; *el mismo*, Die Freiheitsstrafe bei Franz v. Liszt im Lichte der modernen Kriminalpolitik, Klug-Festschrift, pp. 257 ss.; *I. Kant*, Metaphysik der Sitten, 1.^a parte, 2.^a ed., 1798; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldgedanken im Strafrecht, *JZ*, 1967, pp. 553 ss.; *el mismo*, Schuldstrafrecht und Resozialisierung, en: *el mismo*, Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, 1983, pp. 43 ss.; *H. Kaufmann*, Gramáticas System der Difesa Sociale und das deutsche Schuldsystem, v. Weber-Festschrift, pp. 418 ss.; *H. Kelsen*, Vergeltung und Kausalität, 1941; *H. J. Kerber* (ed.), Diversion statt Strafe? Probleme und Gefahren einer neuen Strategie strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1983; *W.-H. Kiehl*, Strafrechtliche Toleranz wechselseitiger Ehrverletzungen, 1986; *M. Killias*, Muß Strafe sein? Überlegungen zur Funktion von Sanktionen aus sozial-psychologischer Sicht, *SchWZStr.*, 97 (1980), pp. 31 ss.; *U. Kindhäuser*, Personalität, Schuld und Vergeltung, GA, 1989, pp. 493 ss.; *P. Klose*, Jus puniendi und Grundgesetz, *ZStW*, 86, pp. 33 ss.; *U. Klug*, Abschied von Kant und Hegel, en: *J. Baumann* (ed.), Programm für ein neues Strafrecht, 1968, pp. 36 ss.; *W. Köberer*, Läßt sich Generalprävention messen?, *MonSchKrim.*, 1982, pp. 200 ss.; *M. Köhler*, Comentario a BGH, *JZ*, 1982, pp. 771 ss., loc. cit., pp. 772 ss.; *el mismo*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafmessung, 1983; *el mismo*, Der Begriff der Strafe, 1986; *el mismo*, Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis, Lackner-Festschrift, pp. 11 ss.; *D. Kraatzsch*, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; *el mismo*, Unrecht und Prävention—eine Replik, GA, 1989, pp. 49 ss.; *L. Kuhlen*, Diversion im Jugendstrafverfahren, 1988; *K. L. Kunz*, Prävention und gerechte Zurechnung, *ZStW*, 98, pp. 823 ff.; *K. Lackner*, Über die Entwicklungen in der Strafmessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis, 1978; *P. Landau*, Das Unrecht als Stufe des abstrakten Rechts in Hegels Rechtsphilosophie, *Art-hur Kaufmann-Festschrift*, pp. 143 ss.; *Th. Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldhaftigkeit, en: *H. Goppinger y H. Witter* (ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, t. I, 1972, pp. 3 ss.; *H. von der Linde*, Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht, 1988; *R. Lippold*, Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin, 1989; *F. v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, *ZStW*, 3, pp. 1 ss.; *el mismo*, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, *ZStW*, 13, pp. 325 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitische Aufgaben, en: *el mismo*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, t. I, 1905, pp. 290 ss.; *el mismo*, Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, en: *el mismo*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, t. II, 1905, pp. 75 ss.; *K. Lüderssen*, Strafrecht und „Dunkelziffer“, 1972; *el mismo*, Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems, en: *W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke* (ed.), Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, pp. 54 ss.; *el mismo*, Vergeltung und Sühne vor dem Forum christlicher Ethik—kein Platz mehr für absolute Strafzwecke, en: *L. Vallauri* (ed.), Christentum und modernes Recht, 1982, pp. 1261 ss.; *el mismo*, Der Freiheitsbegriff der Psychoanalyse und seine Folgen für das moderne Strafrecht, en: *W. Hassemer et al.* (ed.), Fortschritte im Strafrecht durch Sozialwissenschaften, 1983, pp. 39 ss.; *el mismo*, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, 1989; *D.-M. Luzon*, Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse, GA, 1984, pp. 393 ss.; *N. Luhmann*, Rechtssoziologie, t. I y II, 1972; *W. Maihofer*, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968; *M. Maiwald*, Die Verteidigung der Rechtsordnung—Analyse eines Begriffs, GA, 1983, pp. 49 ss.; *el mismo*, Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, Lackner-Festschrift, pp. 149 ss.; *H. Marquardt*, Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vi-

karrierens von Strafe und Maßregel, 1972; *H. Mayer*, Kant, Hegel und das Strafrecht, Englisch-Festschrift, pp. 54 ss.; *M. Meke*, Die Neue Sozialverteilung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion, 1970; *el mismo*, Die Neue Sozialverteilung – ein neuer Begriff in der deutschen Strafrechtsreformdiskussion?, JZ, 1970, pp. 764 ss.; *Menzel*, Protagoras als Kriminalist, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 1910, pp. 389 ss.; *A. Merkel*, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, 1899; *J. Meyer et al.* (ed.), Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten, 1989; *el mismo*, Gewinnabschöpfung zumessungsregeln, ZRP, 1990, pp. 85 ss.; *E. Mezger*, Strafzweck und Strafzumessungsregeln, Materialien, t. I, pp. 1 ss.; *S. Mir Puig*, Die Funktion der Strafe und die Verbrehenslehre im sozialen und demokratischen Rechtsstaat, ZStW, 95, pp. 413 ss.; *R. Moos*, Positive Generalprävention und Vergeltung, Pallin-Festschrift, pp. 283 ss.; *H. Müller*, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, 1984; *H. Müller-Dietz*, Vom intellektuellen Verbrehensschaden, GA, 1983, pp. 481 ss.; *el mismo*, Integrationsprävention und Strafrecht, Jescheck-Festschrift, pp. 813 ss.; *E. Müller-Luckmann*, Zur begrifflichen und diagnostischen Problematik von Genesung und Reue, en: *H. Göppinger y P. H. Bresser* (ed.), Tötungsdelikte, 1980, pp. 113 ss.; *A. Nagler*, Die Verständigung der Strafrechtsschulen, GS, 70, pp. 6 ss.; *J. Nagler*, Die Strafe, 1918; *W. Naucke*, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; *el mismo*, Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant, Schleswig-Holsteinische Anzeigen, 1964, pp. 203 ss.; *el mismo*, Paul Johann Anselm von Feuerbach. Zur 200. Wiederkehr seines Geburtstages am 14. November 1975, ZStW, 87, pp. 861 ss.; *el mismo*, Generalprävention und Grundrechte der Person, en: *W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke* (ed.), Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, pp. 9 ss.; *el mismo*, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms, 1982, ZStW, 94, pp. 525 ss.; *el mismo*, Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts, en: *W. Hassemer et al.* (ed.) Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, 1983, pp. 3 ss.; *U. Neumann*, Die Stellung des Opfers im Strafrecht, en: *W. Hassemer* (ed.), Strafrechtspolitik, 1987, pp. 225 ss.; *U. Neumann y U. Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *P. Noll*, Die ethische Begründung der Strafe, 1962; *el mismo*, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, H. Mayer-Festschrift, pp. 219 ss.; *F. Nowakowski*, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Ritter-Festschrift, pp. 55 ss.; *H. Ostendorf*, Auf Generalprävention kann noch nicht verzichtet werden, ZRP, 1976, pp. 281 ss.; *el mismo*, Alternativen zur strafverurteilenden Konfliktschlichtung, ZRP, 1983, pp. 302 ss.; *K. Peters*, Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs- und Erziehungsvollzugs, Heinitz-Festschrift, pp. 501 ss.; *H. Pfander*, Der zentrale Begriff «Strafe», SchwZStr., 61 (1946), pp. 173 ss.; *H. Popitz*, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968; *W. Preiser*, Das Recht zu strafen, Metzger-Festschrift, pp. 71 ss.; *el mismo*, Vergeltung und Sühne im altisraelitischen Strafrecht, Eb. Schmidt-Festschrift, pp. 7 ss.; *J. Primoratz*, Banquos Geist. Hegels Theorie der Strafe, 1986; *G. Radbruch*, Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben, 3.^a ed., sin fecha; *A. Rieg*, Die modernen Tendenzen des französischen Strafrechts, ZStW, 81, pp. 411 ss.; *D. Rosner y R. Wulf*, Opferbezogene Strafrechtspflege, sin fecha (1984); *C. Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS, 1966, pp. 377 ss.; *el mismo*, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativenurteils, ZStW, 81, pp. 613 ss.; *el mismo*, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecklehre, Schulitz-Festschrift, pp. 463 ss.; *el mismo*, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, en: *H. Schöch* (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, pp. 37 ss.; *F. Schaffstein*, Spielraum-Theorie, Schuld begriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, Gallas-Festschrift, pp. 99 ss.; *el mismo*, Überlegungen zur Divergenz, Jescheck-Festschrift, pp. 937 ss.; *W. Schild*, Soziale und rechtliche Verantwortungen, JZ, 1980 pp. 597 ss.; *el mismo*, Strafe – Vergeltung oder Gnade, SchwZStr., 99 (1982), pp. 364 ss.; *el mismo*, Ende und Zukunft des Strafrechts, ARSP, 1984, pp. 71 ss.; *el mismo*, Das Verständnis des Mis-

setäters im normativen Wandel des Politischen, en: *E. V. Heyern* (ed.), Vom normativen Wandel des Politischen, 1984, pp. 117 ss.; *el mismo*, Entschuldigungen und Rechtfertigungen im Alltag, en: *B.-O. Bryde* (ed.), Rechtsproduktion und Rechtsbewußtsein, 1988, pp. 195 ss.; *E. Schlachter*, De nihilo nihil odier: Der Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht, GA, 1988, pp. 106 ss.; *E. Schmittdhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 1963; *Eb. Schmidt*, Zur Theorie des unbestimmten Strafurteils, SchwZStr., 45 (1931), pp. 200 ss.; *el mismo*, Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, Materialien, t. I, pp. 9 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitische Sühne und Spezialprävention, ZStW, 67, pp. 177 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStW, 69, pp. 359 ss.; *el mismo*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspraxis, 3.^a ed., 1965; *K. Schmoller*, Irrgarten der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung, ÖJZ, 1990, pp. 257 ss., 300 ss.; *H. Schöch*, Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz, 1973; *el mismo*, Empirische Grundlagen der Generalprävention, Jescheck-Festschrift, pp. 1081 ss.; *H.-L. Schreiber*, Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzptionen, ZStW, 94, pp. 279 ss.; *B. Schünemann*, Das strafrechtliche Dunkelfeld – Stabilisator der Rechtstreue?, en: *M. Irl*, (ed.), Durchsetzung des Rechts, 1984, pp. 39 ss.; *el mismo*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: *el mismo* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pp. 153 ss.; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA, 1985, pp. 341 ss., GA, 1986, pp. 293 ss.; *H. Schulz*, Abschied vom Strafrecht?, ZStW, 92, pp. 611 ss.; *M. Scott y St. Lymann*, Verantwortungen, en: *H. Steiner* (ed.), Symbolische Interaktion, 1973, pp. 294 ss.; *R. F. Schumann*, Positive Generalprävention, 1989; *K. Seelmann*, Hegels Strafrechtstheorie in seinen «Grundlinien der Philosophie des Rechts», JuS, 1979, pp. 687 ss.; *el mismo*, Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht, JZ, 1989, pp. 670 ss.; *K. Sessler*, Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik, Lefrenz-Festschrift, pp. 145 ss.; *R. Sieverts*, Würde sich für ein neues Strafgesetzbuch die Einführung der unbestimmten Verurteilung empfehlen und in welchem Umfang? Wie wäre sie auszugestalten? Materialien, t. I, pp. 107 ss.; *G. Smaus*, Technologische Legitimierungen des Strafrechts, Zeitschrift für Rechtssoziologie, 1985, pp. 90 ss.; *G. Strasser*, Verbrechenserklärungen und Strafkonzptionen, KrimJ, 1979, pp. 1 ss.; *F. Stratenwerth*, Leitprinzipien der Strafrechtsreform, en: *L. Brandt* (ed.), Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Geisteswissenschaft, número 162, 1970, pp. 7 ss.; *el mismo*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *F. Streng*, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW, 92, pp. 637 ss.; *el mismo*, Tiefenpsychologie und Generalprävention, KrimJ, 1987, pp. 48 ss.; *K. Tiedemann*, Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung der Strafgesetzbuchgebung, ZStW, 86, pp. 303 ss.; *el mismo*, Comentario a BGH, JZ, 1975, pp. 183 ss., loc. cit., pp. 185 ss.; *V. Vanberg*, Verbrechen, Strafe und Abschreckung, 1982; *Th. Vogler*, Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW, 90, pp. 132 ss.; *K. Volk*, Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZStW, 83, pp. 405 ss.; *M. Walter*, Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität, ZStW, 95, pp. 32 ss.; *el mismo*, Über Alternativen zum Strafrecht, Universität zu Köln-Festschrift, pp. 557 ss.; *el mismo*, Über die Bedeutung des Erziehungsgedankens für das Jugendstrafrecht, en: *el mismo* (ed.), Beiträge zur Erziehung im Jugendkriminalrecht, 1989, pp. 59 ss.; *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 5.^a ed., 1976; *Th. Weigend*, Das Opferschutzgesetz, kleine Schritte zu welchem Ziel?, NJW, 1987, pp. 1170 ss.; *K. Weis*, Staatliches Strafen. Markierungen, Degradierungen und Rituale auf einer Reise ohne Wiederkehr, Blau-Festschrift, pp. 405 ss.; *D. Westphalen*, Karl Binding, 1989; *E. A. Wolff*, Das neue Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW, 97, pp. 787 ss.; *G. Wolfstasi*, Comentario a BGH,

NSZ, 1982, pp. 112, loc. cit., pp. 112 ss.; Th. Württemberg, Die unbestimmte Verteilung, Materialien, t. I, pp. 89 ss.; H. Zippf, Kriminalpolitik, 2.ª ed., 1980; R. Zaczek, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989.

I. CONCEPTO DE PENA

1 A. 1. El contenido y la función de la pena no se pueden configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido. Así, por lo que se refiere a la existencia del orden, un Estado que deba concentrar sus fuerzas para el aseguramiento de su existencia (p. ej., en guerra) empleará la pena de modo que al menos a corto plazo garantice la eficacia (p. ej., intimidación por medio de penas severas), mientras que un Estado sin problemas agudos de existencia puede asumir la ineffectividad a corto plazo, para conseguir con largueza de miras la paz interna (p. ej., evitando las penas severas para no embotar la sensibilidad ante la violencia). Por lo que se refiere a la comprensión del sentido del orden, de ésta depende que se entienda a la pena, p. ej., desde la teoría de conflictos, como medio de lucha de la clase dominante o, en general, de grupos dominantes en la sociedad, o como medio de defensa frente a pretensiones de dominio ilegítimas (o intempestivas), que hiera la «espada» de la «superioridad» guiada según ideas religiosas, o que el autor sea castigado por su propia voluntad, porque también él es parte en el contrato social, etc.

2 Las notas comunes, que existen a pesar de todas las diferencias, y que permiten hablar unitariamente de pena, teniendo en cuenta los distintos órdenes y sus diversos entendimientos, son las siguientes¹: *La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma* (por «a costa de» se entiende en este contexto la pérdida de cualquier bien). Se trata de un problema normativo: de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación.

Los conceptos empleados para caracterizar a la pena dependen del contexto, especialmente los de «infracción de la norma» y «responsabilidad». Ejemplos: En qué medida se sujeta una infracción de la norma objetivamente a la configuración externa (el resultado) de una conducta y hasta qué punto hay que tener en cuenta la constitución subjetiva del autor depende de la medida en que para la existencia de la sociedad basten pocos contactos, acuíbles previamente, o en que para posibilitar contactos diferentes haya que ceder su con-

¹ *Achter* (Geburt, pp. 9 ss., 13 ss.) considera que únicamente cabe hablar de pena cuando no sólo se reacciona para «tapar una fisura en el universo (*Welgebäude*)» (op. cit., p. 18), sino cuando en la reacción ante el autor se realiza un reproche o censura. Sin embargo, esta censura —lo que *Achter* no ignora— es necesaria únicamente cuando el motivo de la reacción, la infracción de la norma, ya no tiene lugar en el «universo», sino en la mente del autor (se podría reservar también el concepto de infracción de la norma para este rechazo subjetivo). De todos modos, la reacción reprobativa y la no reprobativa surten efecto funcionalmente de modo equivalente, es decir, restableciendo la reciprocidad, y ello a costa de alguien responsable (*zuständig*). Acerca de la conexión de la pena con el trueque y con la víctima, en el elemento de la reciprocidad, *vid. Gehlen*, *Urmensch*, pp. 45 ss., 48.

formación al miembro individual. Para una sociedad que se agota en el intercambio de objetos estándares y en el ejercicio ritualizado de la religión rigen reglas distintas que para una sociedad con complejas conexiones de comportamiento entre sus miembros. Cuando hoy se considera evidente que sólo puede hacerse responsable de una infracción normativa a quien por sí mismo ha participado en ella, activamente o no impidiendo, este punto de vista presupone —junto a otras numerosas condiciones— que los miembros de la sociedad pertenecen a ella directamente (y no mediatamente, como p. ej., a través de una estirpe o clan).

3 B. Este contorno, que en lo sucesivo debe completarse respecto al Derecho vigente —el *Código penal*—², se distingue de una imagen de la pena trazada comúnmente: El injusto es un mal y el deber de cargar con los costes también es un mal, pero a pesar de ello no cabe definir la pena como infligir un mal a causa del mal cometido³. Sería absurdo «querer un mal porque ya se ha dado otro mal», y este seguir un mal a otro describe a la pena sólo según su «carácter superficial»⁴. La pena hay que definirla positivamente: Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada.

II. LA TEORIA DE LA PREVENCION GENERAL POSITIVA⁵

A. La necesidad de vigencia segura de la norma

4 1. Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales —los únicos que aquí interesan—⁶, sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible⁶. El mero hecho de iniciar un contacto social es ya una señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado. Si se

² De 15 de mayo de 1871, RGBl., p. 127, en la redacción de la publicación de 10 de marzo de 1987, BGBl., I, pp. 945, 1160, últimamente modificada por el artículo 1 de la 25ª StrÄndG de 20 de agosto de 1990, BGBl., I, p. 1764.

³ Así la definición de *Grotio* *De iure belli ac pacis*, liber II, caput XX, De poenisi: «Poenā est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis».

⁴ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlín, 1821, § 99.

⁵ El modelo subsiguiente de relación entre infracción de la norma y afianzamiento de la norma por medio de la pena no comprende a todas las variantes de la punición estatal del Derecho vigente, pero sí sus rasgos principales.

⁶ No se trata de contactos —naturales, no sociales— con salvajes premorales o de otros marginados de la sociedad; tampoco se trata aquí el *origen* de la socialidad, sino una condición de su existencia; críticamente, *Kindhäuser*, GA, 1989, pp. 493 ss., 503.

⁶ Ahí no se establece por anticipado el límite entre el trato con la naturaleza, por una parte, y los contactos sociales, por otra: Sino que se desplaza en favor del ámbito social, en tanto que se concibe la naturaleza como algo que actúa como persona (acerca de ello, *Kelsen*, *Vergeltung passiv*), y en favor del ámbito natural, en tanto que se concibe a las personas como meros lugares por donde pasan procesos naturales.

decepciona esa expectativa⁷, para el decepcionado surge un conflicto frente al que debe reaccionar⁸, pues con la decepción se pone de manifiesto que el balance entre los sucesos en cuya producción está interesado y aquellos otros que se realizan ya no cuadra: el modelo de orientación del decepcionado debe someterse a revisión.

5 a) Ahora bien, en los contactos sociales pueden surgir decepciones también del mismo modo que en la relación con la naturaleza. Toda persona sabe que su semejante es también «de carne y hueso» y por tanto está sometido a leyes naturales, es decir, que se ahoga en el agua si es profunda cuando no sabe nadar, que cae cuando se le golpea enérgicamente, o que es presa de convulsiones cuando sufre un ataque epiléptico. En ese ámbito sólo se espera de la otra parte en el contacto social que su estado o situación siga las reglas de la naturaleza, pero no que respete las normas jurídicas. Estas expectativas son de carácter cognoscitivo, lo que quiere decir que en caso de decepción se ha errado el cálculo y hay que volver a aprender, o sea *calcular mejor pro futuro* —llegar a ser juicioso por medio de la experiencia—, a menos que la decepción pueda considerarse *quantité négligeable*. Pero no se debe afirmar que el Derecho nunca pueda, o nunca le esté permitido, ordenar a quien no sabe nadar medidas de salvación donde cubre el agua, o a personas que se tambalean violentamente prohibirles caer sobre vitrinas de cristal, o a quienes son sorprendidos por un ataque espasmódico el dar golpes en torno a sí mismos; lo único que se afirma es que en una sociedad moderna estas situaciones se tratan como algo natural (no excluyéndose que en su caso hayan de adoptarse precauciones jurídicamente impuestas para no caer en tales estados). El tratamiento de estas situaciones como algo natural ocurre porque la imputación de dichas situaciones podría convertir potencialmente a cualquiera en autor en sentido penal, sin posibilidad de revisión, y consiguientemente anularía tanta seguridad en las expectativas como la que puede garantizar. Por donde discurren los límites de esta clase de expectativa con la siguiente es el problema del concepto de acción (*infra* 6/1 ss.), y en parte también un problema de la culpabilidad (*infra* 17/1 ss.).

6 b) Una decepción específica en el ámbito de los contactos sociales afecta a aquellas expectativas que se derivan de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes, pudiendo la pretensión contradecir al juicio cognitivo. Ejemplo: Tampoco quien ve cómo el conductor bebe renuncia a su pretensión a un viaje seguro. A una expectativa normativa no se ha de renunciar ni siquiera en casos de decepción, sino que ésta puede mantenerse (con-
trafácticamente), si como fallo decisivo no se define la expectativa del decepcionado, sino la infracción de la norma por parte del que decepciona. Ejem-

⁷ Se da una defraudación o frustración cuando no se cumple una expectativa; el que ocurre sorprendentemente o se hubiese previsto es irrelevante para el concepto.

⁸ En relación con el texto siguiente, *vid. Luhmann, Rechtssoziologie*, t. I, pp. 40 ss., 106 ss.; *Festinger, Theorie der kognitiven Dissonanz*, pp. 15 ss., 177 ss. y *passim*; además, *Schild, JZ*, 1980, pp. 597 ss.; *Killias, SchwZStR*, 7 (1980), pp. 31 ss.; *Jakobs, Schuld und Prävention*, pp. 8 ss.; *el mismo*, en: *Aspekte der Freiheit*, pp. 69 ss., 72 ss.; *vid. asimismo von der Linde, Rechtsverfugung*, pp. 219 ss. En relación con las técnicas de solución de conflictos, *vid. además Scott y Lyman*, en: *Symbolische Interaktion*, pp. 294 ss., 295 ss.; *Schild*, en: *Rechtsproduktion*, pp. 195 ss.; *AK-Schild*, núm. marg. 116 ss., 124 ss. ante § 13; menos fructífero desde la perspectiva jurídica, *Ausdr.*, en: *Analytische Handlungstheorie*, pp. 8 ss.

plo: Se encierra al malhechor para poner de manifiesto lo incorrecto de su conducta.

c) Dado que las personas pueden conformar (organizar) el mundo, pero con todo viven en un mundo ya conformado (en un mundo con instituciones), las expectativas normativas estables, imprescindibles para posibilitar los contactos sociales —con independencia de los diversos contenidos de las normas— pueden referirse a dos distintos ámbitos de objetos. Por una parte es necesaria una expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros. La estabilidad de esta expectativa no es imprescindible sólo porque nadie puede dominar todos los círculos de organización en conjunto, sino también porque, debido al derecho a la propia organización respectiva, a nadie *le está permitido* jurídicamente dominar de una manera tan amplia. Esta expectativa tiene un contenido exclusivamente negativo: Los círculos de organización deben permanecer separados. La decepción de la expectativa conduce a delitos que se denominan delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) o delitos en virtud de la responsabilidad por organización (*infra* 7/56 ss.; 21/16 ss.; 28/14 ss.; 29/29 ss.). Por otra parte, es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. La decepción de esta expectativa conduce a delitos que se denominan delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*) o delitos en virtud de la responsabilidad institucional (*infra* 7/70 ss.; 21/115 ss.; 25/43 ss.; 28/15 ss.; 29/57 ss.).

7 a 3. La sola expectativa consistente en que quien participa en el contacto social va a querer respetar las normas no hace planificables tales contactos, ya que la otra parte no sólo debe tener la buena voluntad de respetar el orden, sino que debe también saber cuándo está ante el comportamiento normativamente regulado. Ejemplo: Quien quiere no poner en peligro a otros sólo puede comportarse no peligrosamente si además sabe qué modos de comportamiento son peligrosos. No es posible respetar la norma sin el conocimiento de cómo está conformado el mundo y de según qué reglas están interrelacionados los cambios, a pesar de lo cual sólo está garantizada jurídicamente la voluntad de respetar la norma, pero no así el conocimiento pertinente para considerar de aplicable la norma. Esta limitación tiene el siguiente fundamento⁸: Sin el conocimiento necesario para orientarse en el mundo nadie puede vivir metódicamente; el esforzarse suficientemente por conseguir este conocimiento viene ya garantizado por el hecho de que en caso contrario amenaza producirse un fracaso vital como *poena naturalis*. A la disposición a observar la norma le falta una garantía «natural» de ese tipo; tal es el motivo de que sea necesaria una sanción. Por poner un ejemplo: A quien no sigue las normas elementales de las Matemáticas se le considerará tonto, pero no así al que descuida las reglas elementales de la convivencia: a este último sólo mediante la pena se le declarará incompetente (*vid. infra* 8/5).

⁸ Con más detalle, *Jakobs*, en: *Sachverständige*, pp. 271 ss., 277 ss.; *el mismo*, *ZStW*, 101, pp. 516 ss., 522 ss.

B. El carácter público del conflicto

8 Evidentemente las decepciones exclusivamente individuales de alguna de las partes en los contactos sociales no constituyen asuntos públicos y por ello no representan motivo para reacciones estatales. Incluso si el Estado asumiera la persecución del infractor de la norma ⁹ en representación del individuo decepcionado, p. ej., para evitar la justicia al estilo de Lynch, ello daría lugar a un interés público sólo indirecto en la decepción. Pero no hace falta ese rodeo, pues de la infracción de las normas jurídico-penalmente garantizadas surge también un conflicto público ¹⁰, si es que se trata de normas legítimas de Derecho penal. Jurídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica. La decepción, el conflicto y la exigencia de una reacción a la infracción de la norma, por ello, no pueden interpretarse como una vivencia del sistema individual «persona singular», sino que han de interpretarse como sucesos en el sistema de relación social. Ejemplo: La propiedad tiene para muchos el valor propio de los bienes existenciales, mientras que por el contrario la respetan muy poco algunas personas, naturalmente menos numerosas; no obstante, la protección jurídico-penal de la propiedad tiene lugar sin atender precisamente al propietario, y desde luego no sólo por la necesidad, ineludible en la práctica, de generalizar al concebir las normas jurídicas, sino también y previamente por la orientación de la protección al significado de la propiedad para la sociedad en su conjunto. Esta perspectiva pública no excluye que se considere, en un delito contra la propiedad, la afectación individual de la víctima, pero esta afectación debe ser demostrable a su vez como asunto público (como el efecto coactivo del hurto), si es que ha de influir al menos en la medida de la pena.

C. El significado de la pena

9 1. La infracción de la norma no representa un conflicto penalmente relevante por sus consecuencias externas, ya que el Derecho penal no puede sanar tales consecuencias. La pena no determina una reparación del daño; además muchas infracciones de la norma se completan antes de que se produzca un daño exterior, como sucede con los delitos que tienen carácter material de tentativa y, por lo demás, siempre en la tentativa y la preparación (*infra* 25/1 ss.). Sin embargo, un comportamiento humano no es sólo un suceso que surta efectos en el mundo exterior, sino que en la medida en que la persona domina o

⁹ Al respecto, *Arzt, Ruf*, pp. 39 ss., 60 ss.

¹⁰ Lo cual no significa que la infracción sea pública únicamente en su calidad de conflicto. Acerca de la necesidad de que haya infracciones, básico *Dürckheim* (1895), ahora en: *Kriminalsoziologie*, pp. 3 ss. (una sociedad en la que las normas comunes, garantizadas jurídico-penalmente, ya no se infringieran, tendría que producir, y lo haría, sentimientos colectivos intensos hasta el punto de que, debido a esos sentimientos, se percibirían como crímenes hechos que de otro modo pasarían inadvertidos como nimiedades, o poco más); pormenorizadamente, *Gephart, Strafé*, pp. 21 ss. (también 142 ss.); otras remisiones bibliográficas en *Naumann y Schroth Theorien*, pp. 109 ss., *AK-Hauser*, núm. marg. 52 ante § 1.

puede dominar su comportamiento, éste *significa* también algo, al igual que una frase dicha significa algo (acerca de la necesidad de tener en cuenta el poder de dominio por parte del sujeto al determinar el significado, *vid. infra* 6/24 ss.). A un autor que actúa de determinado modo y que conoce, o al menos puede conocer, los elementos de su comportamiento, se le imputa que considere a su comportamiento como la conformación normativa. Esta imputación tiene lugar a través de la responsabilidad por la propia motivación: si el autor hubiese sido motivado predominantemente por los elementos relevantes para evitar un comportamiento, se habría comportado de otro modo; así pues, el comportamiento ejecutado pone de manifiesto que al autor en ese momento no le importaba la evitación predominantemente. Ejemplo: Quien conduce un vehículo sabiendo que está bebido y no tiene en cuenta las consecuencias perjudiciales —cognoscibles por él—, p. ej., para la vida de otros participantes en el tráfico, expresa con su conducta que él, en la situación en que se encuentra, tiene otras cosas por más importantes que respetar ante todo la vida de los participantes en el tráfico. Tal afirmación, que se le atribuye al autor como su punto de vista, es justo lo contrario de las afirmaciones que se mantienen en los §§ 316 y 322 del StGB. *Esta contradicción a la norma por medio de una conducta es la infracción de la norma*. Una infracción normativa es, por tanto, una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que se pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación. La determinación exacta de cuándo concurre una contradicción a la norma es el problema de la teoría de la imputación, en especial de la imputación en calidad de comportamiento típico y antijurídico.

10

2. a) Así se pone también de relieve ya cómo ha de entenderse la pena en cuanto reacción al conflicto: La pena —como la infracción de la norma— no debe ser considerada sino como un suceso no exterior (dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males), sino que también la pena significa algo, es decir, que la significación del comportamiento infractor no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma. Se demuestra así que el autor no se ha organizado correctamente: Se le priva de medios de organización ^{10a}. *Esta réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena*.

11

b) Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma ¹¹, debiendo

^{10a} Sobre la degradación del autor (en relación con *Garfinkel y Goffmann*), *vid. Weis, Blauschrift*, pp. 405 ss.

¹¹ *Luhmann, Rechtssoziologie*, t. I, p. 43; *Naumann y Schroth, Theorien*, p. 105. El que sólo haya que castigar en caso de conflictos sociales imputables plenamente —también a título de culpabilidad— se expone en el apartado 17; críticamente, *Lippold, Rechtslehre*, p. 308, nota 67. *Kraisch* objeta que el planteamiento aquí seguido es «demasiado estrecho de miras» (GA, 1989, pp. 49 ss., 53; *Verhaltenssteuerung*, pp. 92 ss.). De acuerdo con su modelo, autor y víctima, legislador y aplicador del Derecho se consideran titulares de una organización dinámica de acción; el injusto es el mal estado del sistema; el buen estado, hacia el que ha de tender la organización, es la protección efectiva de los bienes jurídicos, incluida la evitación de daños fortuitos. La lucha contra el injusto se lleva a cabo primordialmente mediante la «estructuración del comportamiento de peligro del autor potencial, del comportamiento de evitación del peligro del sistema normativo, así

equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. El reconocimiento también puede tener lugar en la consciencia de que la norma es infringida¹²; la expectativa (también la del autor futuro) se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infracción de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma. En todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo¹³. Resumiendo: *Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.*

D. La solución de conflictos sin pena

12 1. No a toda norma (promulgada) le sigue pena. Así, se puede prescindir de la pena si cabe discutir la competencia del autor para desautorizar la norma (el autor es un niño o está enajenado: en todo caso es incompetente), o si la situación en que actúa puede definirse como una situación especial (obró en peligro de muerte, sin tener que responder de ello). La sistematización de tales posibilidades de apartar al autor de su infracción de la norma tiene lugar en la teoría de la culpabilidad (*vid. infra* 17/43).

13 2. a) Además, hay otras posibilidades de reacción¹⁴: la pena puede sustituirse por equivalentes funcionales^{14a}; es más, no hay por qué esperar al caso conflictivo: También la *evitación* del conflicto convierte a la pena en superflua.

como de las relaciones mutuas entre ambos» (GA, 1989, p. 77). La diferencia decisiva de este planteamiento —absolutamente clarificador en algunos aspectos parciales— en relación con el aquí propugnado seguramente reside en que *Krausch*, a través del aspecto naturalístico de la acción, descuida su aspecto comunicativo (lo que se evidencia, p. ej., en la determinación de la tentativa, *Verhaltensorganisation*, pp. 436 ss., 444 ss.) y por eso sobreestima el ámbito de conflictos sociales a resolver por el Derecho penal.

¹² *Luhmann*, *Rechtssoziologie*, t. I, p. 106; *vid. ya M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1.^a parte, capítulo I, § 3, 2.^a parte, capítulo I, § 1, 3.^a párrafo.

¹³ *Müller-Dietz*, GA, 1983, pp. 481 ss., 485 ss., señala acertadamente que la idea de que importa mantener la norma como muestra de organización cabe encontrarla ya en el siglo XIX, en la teoría del «dano intelectual del delito» que se trataba de compensar. El efecto (¿función?) en ocasiones atribuido a la pena, consistente en el reforzamiento de la solidaridad del grupo («forma secularizada de comunión mística», *Garfinkel*, en: *Abweichendes Verhalten*, t. III, pp. 3 ss., 33) es dudoso por lo que se refiere a la solidaridad que va más allá del nivel existente al infringir la norma. Remisiones bibliográficas en *Neumann y Schroth*, *Theorien*, pp. 103 ss.; *Herzog*, *Prävention*, pp. 125 ss. En relación con el afianzamiento de los sentimientos colectivos de *Durkheim*, pormenorizadamente, *Gephart*, *Strafe*, pp. 120 ss.

¹⁴ El sustitutivo de la pena se celebra en ocasiones, como la llamada descriminalización (o despenalización), y de hecho puede serlo. Desde luego, se suele pasar por alto que la elección de otras vías no punitivas para resolver la criminalidad no sólo exonera al autor de la pena, sino que puede también conducir a que entonces las nuevas vías estigmaticen a *todo* lo que se solucione a través de ellas. Con detalle sobre la descriminalización, *Vogler*, ZStW, 90, pp. 132 ss.; *Kaiser*, *Klug-Festschrift*, pp. 580 ss.; *Walter*, *Universität zu Köln-Festschrift*, pp. 557 ss.; *Brandt*, *Bedeutung*, pp. 169 ss., en cada caso con bibliografía.

^{14a} *Jakobs*, *Schuld und Prävention*, p. 33; *Schünemann*, *Generalprävention*, p. 9. En la teoría de la prevención general positiva no se trata, pues, de considerar en todo caso adecuada únicamente la pena y no otra reacción (lo cual lo malinterpreta *Schünemann*, en: *Grundfragen*, pp. 153 ss., 181, y *Baratta*, *KrimJ.* 1984, pp. 132 ss., 140 ss.

Pero antes de la implantación —al menos actualmente— de ordenaciones utópicas, tanto para los equivalentes funcionales de la pena como para la evitación de conflictos (en el sentido de pérdidas de cualquier clase), surgen costes que deben repartirse (sobre la naturaleza subsidiaria de la pena, *vid. infra* 27/26 ss.).

Toda reacción perjudicial que se sigue necesariamente tiene consecuencias no formales: Quien asume la carga de tales costes evidencia su incapacidad para regirse a sí mismo, es decir, evidencia falta de competencia. Así pues, todas las variantes de solución necesarias ponen en peligro el estatus del autor.

Algunos modelos de posibilidades de solución^{14b} son:

b) a') El conflicto puede trasladarse a la víctima, como sucede cuando se le puede censurar que ella misma ha contribuido a la conformación agresiva de la situación (en el exceso en la legítima defensa, a tenor del § 33 del StGB; en la legítima defensa provocada; en la atenuación de la pena según la parte mencionada en el § 213 del StGB; en la retorsión según los §§ 199 y 233 StGB)^{14c}.

b') Se puede quitar importancia a la expectativa defraudada, aunque no sea por haber captado su falta de justificación, sino por la imposibilidad fáctica de estabilizarla. Algunos ejemplos los proporcionan la derogación del llamado Derecho penal relativo al ejercicio del derecho de manifestación mediante la tercera ley de reforma del Derecho penal^{14d}, numerosos casos de interrupción de embarazo presuntamente indicados de acuerdo con el § 218 a, párrafo 2, número 3 del StGB, así como los ámbitos en que de hecho no se persigue, en los delitos contra la propiedad (hurto de bicicletas). En cuanto que —como en el último caso— no son posibles medidas cognitivas de aseguramiento (que dificulten la delincuencia en la práctica: autoprotección), la pérdida de la importancia jurídica amenaza, dado que es repetible, a la fiabilidad de la orientación.

c') Se puede aprender del conflicto, pero comportarse como si no se le hubiera percibido^{14e}. También esta negación constituye una reacción. De nuevo la solución tiene lugar amenazando la orientación general, pues el mundo se sigue conformando selectivamente. En el ámbito de las normas no formales es usual pasar por alto errores magnánimamente. En las normas penales los ejemplos se encuentran sobre todo en el ámbito de las infracciones de bagatel. Más importante fue la delincuencia en las universidades en la época de los disturbios estudiantiles que comenzó en 1968: coacciones e injurias masivas, e inclu-

^{14a} Acerca de las estrategias de que dispone la víctima individual, *vid. Hanak*, *KrimJ.* 1984, pp. 161 ss., 166 ss., con bibliografía.

^{14c} Sobre ello, *Kiehl*, *Toleranz*, pp. 898 ss. y *passim*; *Neumann*, en: *Strafrechtspolitik*, pp. 225 ss., 227 ss.

^{14d} De 20 de mayo de 1970, BGBl. I, p. 505; sobre ello, *LK-v. Bubnoff*, núm. marg. I ss., ante § 125, con bibliografía.

^{14e} A toda la delincuencia, en la práctica, se la persigue jurídico-penalmente sólo de modo selectivo. Se discute si la selección, que deja al margen una cifra negra, sólo se deriva de la limitada posibilidad de persecución —sobre todo en el Estado de Derecho— o bien tiene la función latente de velar la ubicuidad de la delincuencia; básico sobre la función de la cifra negra, *Popitz*, *Präventivwirkung*, p. 20 y *passim*; acerca de las consecuencias penales de este planteamiento, *Luhderssen*, *Strafrecht*, pp. 20 ss.; críticamente, *Schünemann* en: *Durchsetzung*, pp. 39 ss., 46 ss., con bibliografía.

so detenciones ilegales y lesiones no fueron registradas, porque se tenía que ya el hecho de registrarlas actuaría provocando ulteriores delitos.

13b

d') La óptima protección cognitiva privada contra la delincuencia es costosa: O debe sustraerse al tráfico el bien protegido, de modo que por lo general pierda su función (el dinero enterrado no produce intereses), o requiere gastos de control (¿quién puede permitirse un vigilante o un guardaespaldas?). El *topos* más esclarecedor de la teoría del Estado tiene por contenido que esta debilidad de la protección privada se basa en que se ha cedido al Estado la misión de protección (*Hobbes*); si el Estado cumple su función óptimamente, destruye aquellos sistemas (los individuos) a quienes precisamente debe proteger de la destrucción (se convierte en un Estado totalitario).

Estas objeciones contra la protección óptima, tanto privada como pública, no representan motivo suficiente para no intentar antes una protección sub-óptima destinada a evitar conflictos. Por ello ni la negligencia de la víctima ni la falta de controles policiales adecuados constituyen fundamento para atenuar la pena, sino que especialmente son legítimas las medidas de seguridad y corrección siempre que estén limitadas por la idea de proporcionalidad.

Toda protección de orden cognoscitivo, si es que no se queda en una cuestión provisional, está respaldada normativamente (se convierte en deber): Esta decoloración de la configuración histórica real de la sociedad (*Ist-Gesalt*) con respecto a su configuración ideal (*Soll-Gesalt*) es lo que se denomina la fuerza normativa de lo fáctico.

13c

e') Otras numerosas reacciones no punitivas oscilan, al igual que algunas mencionadas anteriormente, entre las medidas de aseguramiento de expectativas cognoscitivas y fácticas.

— Ello es aplicable a la influencia aseguradora o educativa de la delincuencia mediante medidas de seguridad (*infra* 1/53 ss.). Las medidas de seguridad siguen a la verificación de un comportamiento incorrecto del autor; contienen el anuncio de una desaprobación más acentuada en el sentido de que a persona sin imputabilidad disminuida se imputa tal comportamiento incorrecto como culpable.

— En el supuesto de la desaprobación pública con la amenaza de intensificar tal desaprobación a costa del autor (condena condicional, § 56 del StGB; represión con reserva de pena, § 59 del StGB) se trata de una solución parcialmente cognoscitiva (debe forzarse el buen comportamiento futuro mediante la concreta conminación penal) y a la vez parcialmente normativa (de todos modos tiene lugar una condena pública). Con mayor similitud a la pena está configurada la suspensión en los términos del § 153 a del StGB.

— Las reacciones jurídico-civiles tras una declaración jurídico-penal de culpabilidad reiteran la desaprobación, y pueden tener lugar también en vez de una declaración de culpabilidad. Especialmente, la indemnización resarcitoria para reparar las consecuencias del delito (y con mayor energía la indemnización por daño personal: *Schmerzensgeld*) ¹⁴¹ confirma la vigencia de la norma

¹⁴¹ Acerca de ello, *Arzt*, *Intimsphäre*, pp. 311 ss.

infringida. Además, los costes operarán por lo general haciendo desistir al obligado a satisfacerlos.

La cualidad que también se atribuye a la indemnización, consistente en generar un reconocimiento de la víctima, puede realizarse en el caso concreto; sin embargo, este resultado no es en todo caso obligado. La importancia de la infracción de la norma no depende de la magnitud de los daños que han de resarcirse (esa magnitud, en caso de tentativa de asesinato, es igual a cero, y no puede alcanzarse, ni siquiera para normas jurídico-penalmente sancionadas —p. ej., para la prohibición de los daños imprudentes— dimensiones que aniquilan la existencia). A pesar de ello, el deber de resarcimiento puede bastar en el caso concreto como consecuencia del delito; incluso, en algunos delitos puede ser para la víctima más adecuado que prevalezca el deber de resarcimiento sobre la pena ¹⁴². Además, se tiene en cuenta una amplia compensación autor-víctima —que excede al marco puramente civil— ¹⁴³.

— El Derecho penal juvenil contempla dos tipos de reacción sancionatoria: la pena juvenil y el grupo de los medios disciplinarios. Junto a ellos se encuentran las reacciones no sancionatorias (que se imponen no sólo «a causa» del hecho, sino también «con ocasión» del mismo) en el grupo de las medidas de seguridad educativas (§ 5, párrafos 1 y 2 JGG). En la medida en que hay un tratamiento especial de los no adultos, recientemente, como es natural, re- forzado y abierto, hay intentos de desarrollar «formas procedimentales y modos de reacción alternativos e informales que permitan, sin efecto estigmatizador, una reacción más rápida a los hechos punibles menores y medianos y a las faltas juveniles, apartándose del procedimiento penal «normal» previsto en las StPO y JGG ¹⁴⁴ (desviación antes de llegar a la solución jurídico-penal: *diversion* ¹⁴⁵). El espectro comprende desde la inactividad de la policía en los casos de bagatela (*diversion to nothing*) hasta los programas de educación intensiva.

— Incluso la *poena naturalis*, «mediante la que en el pecado se lleva la penitencia» ¹⁴⁶, tiene el efecto de una desaprobación: No se trata de las consecuencias de cualquier comportamiento (ello sería simplemente una desgracia), sino de un comportamiento especialmente incorrecto. Quien define un daño

¹⁴² En la doctrina: básico, *Frehsee*, *Schadenwiedergutmachung passim*, con bibliografía muy amplia, sobre los efectos preventivos, *vid. Roxin* en: *Wiedergutmachung*, pp. 37 ss.; además, *Sessler*, *Leferenz-Festschrift*, pp. 145 ss.; *Stelmann*, *JZ*, 1989, pp. 670 ss., 672 s.; *de lege ferenda*, *Lüderssen*, *Krise*, pp. 60 ss., y *passim* (compensación y resocialización como únicas reacciones legitimadas a la criminalidad). Sobre el aspecto procesal, *vid. Wiegand*, *NJW*, 1987, pp. 1170 ss., 1176).

¹⁴³ *Id.* las propuestas en *Rössner* y *Wulf*, *Strafrechtspflege, passim*; *Kaiser*, *Kriminologie*, § 74.

¹⁴⁴ *Schaffstein*, *Jeschek-Festschrift*, pp. 937 ss., 938.

¹⁴⁵ En la doctrina, *Blau*, *Jura*, 1987, pp. 25 ss. (muy gráfico!); el mismo y *Frank*, *ZStW*, 96, pp. 485 ss.; *Hermann*, *ZStW*, 96, pp. 454 ss.; *Schaffstein*, *Jeschek-Festschrift*, pp. 937 ss.; *Walter*, *ZStW*, 95, pp. 32 ss.; *Kühlen*, *Diversion, passim*; la desviación (*diversion*) es objeto de críticas igualmente como reblandecimiento de la forma jurídica y como extensión de la intervención estatalmente controlada (al respecto, las aportaciones en *Kerner*, *Diversion, passim*; *Albrecht*, *Jugendstrafrecht*, § 5 II).

¹⁴⁶ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 1.^a parte, 2.^a ed., Königsberg, 1798. II parte, 1.^a apartado, consideración general, E, con el añadido, que no se ha de aceptar, de que el legislador «no lo tiene en cuenta en absoluto».

como *poena naturalis* desaprueba el motivo del daño. Acerca del peligro de una *poena naturalis* en la imprudencia, *vid. infra* 8/5.

— Lo contrario de la *poena naturalis* es la ganancia obtenida por medio del delito. Su «confiscación» es, por tanto, una reacción sancionatoria ¹⁴¹.

E. Resultado

14 1. En las categorías de la problemática usualmente denominada «teorías de la pena», esto quiere decir: La réplica ante la infracción de la norma por medio de pena no tiene lugar por sí misma, porque sí, sino porque en la vida social no se puede renunciar a orientaciones garantizadas. Así pues, la pena tiene una función que debe surtir efectos finalmente en el nivel en el que tiene lugar la interacción social, y que no se agota en significar algo: La pena debe proteger las condiciones de tal interacción y tiene, por tanto, una función *preventiva*.

15 2. La protección tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza. La reafirmación no tiene por contenido el que posteriormente no vaya nadie más a infringir la norma, porque la pena haga desistir a los delincuentes potenciales, ni menos aún se trata de cualquier pronóstico especialmente referido al comportamiento futuro del autor. Destinatarios de la norma no son primariamente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede pasar sin interacciones sociales y dado que por eso todos deben saber lo que de ellas pueden esperar. En esta medida la pena tiene lugar para *ejercitar en la confianza hacia la norma*. Además, la pena grava al comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas, aumentando la probabilidad de que ese comportamiento se aprenda en general a considerarlo como una alternativa de comportamiento a no tener en cuenta. En esa medida la pena se despliega para *ejercitar en la fidelidad al Derecho*. Al menos, sin embargo, mediante la pena se aprende la conexión de comportamiento y deber de asumir los costes, aun cuando la norma se haya infringido a pesar del que ha aprendido; en esta medida se trata de *ejercitar en la aceptación de las consecuencias*. Los tres efectos mencionados cabe resumirlos como ejercicio en el reconocimiento de la norma. Dado que tal ejercicio debe tener lugar en relación con todos y cada uno, en el modelo descrito de la función de la punición estatal se trata de *prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma* ¹⁵ (la llamada prevención positiva general o colectiva ¹⁶ —es decir, no sólo intimidatoria).

¹⁴¹ *Vid. Kaiser, Tröndle-Festschrift*, pp. 685 ss.; sobre el Derecho alemán y extranjero, por memorizadamente, *Meyer et al.: Gewinnabschöpfung, passim*, con bibliografía; *Herzog, KJ*, 1987, pp. 321 ss.; en relación con el Derecho austríaco, *Schmoller, OJZ*, 1990, pp. 257 ss., 300 ss.; sobre la «pena patrimonial», *vid. Meyer, ZRP*, 1990, pp. 85 ss., 87 ss.

¹⁵ *Jakobs, Schuld und Prävention*, pp. 10 s., 32 s., si bien atendiendo sólo al ejercicio en la lealtad al Derecho y dejando de lado el efecto conformador de confianza y posibilitador de la aceptación de las consecuencias. *Hassemer* remite acertadamente a la proximidad con la teoría de *Welzel* (*Strafrecht*, § 1, p. 4) de la «protección (penal) de los valores (de acción) de actitud elementales de carácter ético-social», *AK-Hassemer*, núm. marg. 253, 429, ante § 1. Obviamente, reprocha a la posición aquí defendida que «la limitación, fundamentada en el Derecho estatal, de las instituciones penales al ejercicio en el reconocimiento de la norma (hay que) completarla desde

3. Secundariamente, la pena puede impresionar de tal modo al que la sufre o a terceros que éstos se abstengan de realizar hechos futuros. Estos efectos producidos, no por reconocimiento de la norma, sino por miedo, son algo que cabe desear que se dé por añadidura en la pena, pero no es función de la pena provocar tales efectos. Habrá que exponer obviamente aún que resulta imprescindible una medida mínima de respaldo cognoscitivo de las normas para la estabilización de su validez (*vid. infra* acerca de las medidas de seguridad 1/56).

fueras» (loc. cit., núm. marg. 254; *vid. también el mismo, Einführung*, pp. 286 s.). Ahí es correcto que esta limitación no se halla en el concepto de la pena, sino en la configuración concreta de la sociedad de la que el Derecho penal es parte.

¹⁶ Esquemas semejantes en *Noll, H. Mayer-Festschrift*, pp. 219 ss. (con indicaciones sobre cómo la culpabilidad aparece teñida por la prevención general, pp. 220 ss.); *el mismo, AT*, § 5, apartados 4 y 5; *Hassemer*, en: *Hauptprobleme*, pp. 29 ss., 51 ss.; *el mismo*, en: *Fortsschritte*, pp. 39 ss., 57 ss. (también *el mismo, Jus*, 1987, pp. 257 ss.); *AK-Hassemer*, núm. marg. 129 ss., ante § 1; *Lüderssen*, en: *Hauptprobleme*, pp. 54 ss. (con limitación de la prevención general a través de la prevalencia de la prevención especial, p. 80); *Schünemann, GA*, 1986, pp. 239 ss., 305, con bibliografía; por menorizadamente, *Moos, Pallin-Festschrift*, pp. 283 ss., 300 ss. Exposición de los distintos modelos en *Neumann, y Schroh, Theorien*, pp. 33 ss.; *Schumann, Generalprävention*, pp. 2 ss. y 4 ss., y, pp. 26 ss., acerca de las posibilidades de verificar empíricamente tales teorías (al respecto asimismo *infra* en esta nota); *Schumann* señala acertadamente que los modelos de este género simplan (p. 50). El resultado se acerca a la interpretación de *Schmidhäuser, AT*, 3/16 (lo que aquí se llama reconocimiento de la norma se corresponde con la evitación de la infracción abierta de la norma en *Schmidhäuser*). *El mismo, Sinn*, pp. 48 ss., 52; *el mismo, Studienbuch*, pp. 215 ss. También existe amplio acuerdo con algunas interpretaciones desde la perspectiva de la Psicología profunda sobre la punición estatal como «eficaz factor latente de socialización» (*Sireng, ZStW*, *chologie*, pp. 80, 167) o «reforzamiento del orden de valores anclado en el super-yo» (*Sireng, ZStW*, pp. 67 ss., 674, y *passim; el mismo, ZStW*, 101, pp. 273 ss.). La vinculatoriedad de la conformidad a leyes presupuesta en estas concepciones de Psicología profunda no necesariamente se ha de aceptar en el modelo que aquí se desarrolla. *Vid. asimismo Engelhardt, Psychoanalyse*, pp. 212 ss.; *Baratta, Kriml*, 1987, pp. 2 ss.; *Giehrling, Kriml*, 1987, pp. 2 ss.; *Böllinger, Kriml*, 1987, pp. 32 ss.; *Sireng, Kriml*, 1987, pp. 48 ss. Otros planteamientos: *Nowakowski, Rittler-Festschrift*, pp. 55 s.; *H. Mayer, Studienbuch*, § 3, I, 2. Sobre la relación de la prevención general positiva con el Derecho penal vigente, *Arthur Kaufmann, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift*, pp. 425 ss., 429 ss. Las principales objeciones, en *Köhler, Zusammenhang passim*; acerca de ello, *infra* 1/nota 24; críticamente, además, *Maiwald, Lackner-Festschrift*, pp. 149 ss., 155 ss.; *Collins, Zeitschrift für Evangelische Ethik*, 33 (1989), pp. 109 ss., 112 ss.; *el mismo, NJW*, 1989, pp. 1338 ss., 1339 s. Acerca de la prevención de integración como defensa del ordenamiento jurídico en el ámbito de la determinación de la pena, *vid. Müller-Dierz, Jescheck-Festschrift*, pp. 813 ss., 817 ss.; *Maiwald, GA*, 1983, pp. 49 ss., 62 ss., con amplia bibliografía. Sobre los fundamentos empíricos, *Schöckh, Jescheck-Festschrift*, pp. 1081 ss., con las siguientes conclusiones (pp. 1102, 1104): «Para la media de la población, la comisión de infracciones penales se halla tan lejos, debido a la intensa vinculatoriedad moral de las normas de Derecho penal que incluso en caso de mínimo riesgo de ser descubierto o contando con la praxis de fijación de penas mínimas, no existe una amplia tendencia a cometer delitos... Toda pena que ponga de manifiesto que se ha infringido la norma y no inculca, resulta apropiada para cumplir la misión de prevención general del Derecho penal.» De este modo, no se enjuicia sobre grupos de delitos especiales o grupos de autores especiales. Acerca de la aceptabilidad criminológica de las suposiciones de efectos en relación con la prevención de integración, *vid. asimismo Dölling, ZStW*, 102, pp. 1 ss., 14 ss. Bibliografía detallada sobre la relación entre culpabilidad y prevención general positiva, *infra* 17/nota 45.

III. LAS TEORÍAS ABSOLUTAS

A. Las teorías de la retribución

17 1. Los contenidos de las teorías de la pena¹⁷ se reducen, en general, a dos fórmulas: *Punitur, quia peccatum est* (teoría absoluta) y *punitur, ne peccetur* (teoría relativa)¹⁸. A partir de ese contenido no cabe confrontar ya naturalmente, la mayor parte de las teorías más recientes^{18a}. En la actualidad puede considerarse demostrado que sólo se castiga para mantener el orden social, de modo que todas las teorías se insertan en el *ne peccetur*, o, más precisamente: en el interés por la estabilización de la norma. La polémica sólo gira ya en torno a si (y en qué medida) la pena ha de determinarse en virtud de esta función o de si tiene un contenido independiente de su función. En una teoría de la pena se denominan absolutos aquellos elementos cuyo contenido surge, sin consideración a la contribución de la norma a mantener el orden social, exclusivamente de la circunstancia de que se ha lesionado una norma; éstos pueden ser, junto al «si» de la pena, también su medida o límite máximo. Consiguientemente, son relativos aquellos elementos de las teorías de la pena cuyo contenido lo proporciona la función de la pena para el orden social.

18 2. Según el modelo de la prevención general positiva acabado de exponer, la pena debe garantizar la seguridad de las expectativas en los contactos sociales, posibilitando la existencia de la propia sociedad. El modelo no facilita una justificación de por qué ha de procederse así, sino que más bien presupone que el orden social bien vale el coste que se le impone al infractor de la norma¹⁹. En contra se esgrimen dos objeciones: Por una parte, lo que debe garantizarse no es el estado real de la sociedad, sino la justicia; por otra, la garantía no debe verificarse de modo que se utilice al autor como medio para fomentar el bien de los demás. Es difícil de evaluar el peso de ambas objeciones, pues ya no se defiende en la doctrina penal el fomento de la justicia como fin independiente, e incluso históricamente sólo se ha propugnado en casos aislados. Pero si en el fondo está fuera de duda que el Derecho penal debe servir para el mantenimiento del orden social digno de mantenerse (!), ya no se trata de una legitimación absoluta de la pena, sino sencillamente de una delimitación absoluta de una pena definida relativamente o del respaldo relativo de una

¹⁷ Sobre la historia de las teorías de la pena, vid. v. Hippel, *Strafrecht*, t. I, §§ 21 ss.; Nagler, *Strafe*, pp. 120 ss.; Müller, *Begriff*, pp. 64 ss.

¹⁸ Las fórmulas se remontan a *Protagoras*; su forma actual se debe a *Grocio*, que a su vez parte de una sentencia de *Séneca*: «Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur». Vid. v. Hippel, *Strafrecht*, t. I, § 21, III, 1; Menzel, *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, 1910, pp. 289 ss., 398.

^{18a} *De otra opinión*, Wolff, *ZStW* 97, pp. 787 ss., 788. El propio Wolff idea, frente a las teorías finales (orientadas a fines), un concepto de pena en el que «los intervinientes se aceptan en su sujeción final (!)» y ordenan sus relaciones de modo «que puede existir la autodeterminación del mismo significado». Consecuencia: «Las expresiones "en aras de la justicia" y "en aras de la autodeterminación general externa (libertad externa)" son uno y lo mismo» (p. 826). De todos modos, no está claro cómo, en esta concepción, se ha de expresar algo más que la mera desaprobación del comportamiento, el pronunciamiento de culpabilidad, o sea, también la pena, el inflijir el mal.

¹⁹ Schmidhäuser, *AT*, 3/18 s.; el mismo, *Studienbuch*, 2/23.

legitimación absoluta que se percibe como insuficiente^{19a}. Así, incluso el principio retributivo más conocido, el del talión —es decir, el principio de la retribución de un mal con otro igual—, es cuando menos una limitación de la pena: El principio «ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie», etc.²⁰, limita la venganza a la medida de la pérdida del bien ocasionada por el hecho.

3. a) La configuración que *Kant* y *Hegel* dieron a la pena retributiva ha ejercido una gran influencia histórica. Según *Kant*, el contenido de la pena²¹ es el talión («Si ha matado, debe morir»). La función de la pena consiste en la realización de la justicia. Ello lo fundamenta *Kant* así²²: Por una parte, la pena sólo puede imponerse contra el autor «porque ha delinquido», pues de otro modo, si se persigue la prevención general o especial, «se trata a la persona... meramente como un medio para los propósitos de otro y se la confunde con los objetos de los derechos reales». Por otra parte, también debe realizarse la justicia²³. «La justicia penal es un imperativo categórico», pues si desaparece el talión... ya no tendrá valor alguno que vivan los hombres sobre la tierra». Para ilustrar el carácter categórico, *Kant* pone el ejemplo de una sociedad que se disuelve por mutuo acuerdo: También entonces debería «ejecutarse antes al último asesino que se encontrase en prisión»; de lo contrario, el pueblo sería «cómplice en la vulneración pública de la justicia».

b) En cuanto a la confusión del autor con los objetos de los derechos reales, ésta no puede ni debe ya ocultarse, en la teoría preventiva aquí representada, aun cuando, como se pondrá de manifiesto al desarrollar la culpabilidad, la pena, según esta teoría, presupone reconocer al autor como un igual (*infra* 17/48). La pena sólo puede legitimarse mediante el valor del orden en favor de cuyo mantenimiento se pune²⁴. La teoría absoluta no ahorra plantearse este

^{19a} La pena absolutamente justa como socialmente útil; vid. sobre ello, acertadamente, *Hassemer*, en: *Fortschritte*, pp. 39 ss., 50 s. Un giro hacia lo psicológico (la retribución como necesidad elemental) lo aporta *Ebert*, en: *Geisteswissenschaften*, pp. 35 ss., 49 ss.

²⁰ 2.º Libro de Moisés 21, versículo 24; sobre ello, *Preiser*, *Eb. Schmidt-Festschrift*, pp. 7 ss., 27 ss., con bibliografía; acerca de la ley del talión en el pensamiento jurídico medieval, vid. *Eb. Schmidt*, *Geschichte*, pp. 52 s.; referencias a la praxis de la sanción de la actualidad, en *Ebert*, *Lackner-Festschrift*, pp. 399 ss., 417 ss.

²¹ Acerca del cambio en la teoría de *Kant*, vid. *Welzel*, *Strafrecht*, § 32, II, 1. a. De acuerdo con *Naucke*, *Schleswig-Holsteinische Anzeigen*, 1964, pp. 203 ss., 205 ss.; *H. Mayer*, *Engisch-Festschrift* pp. 54 ss., 62, y *Höffe*, *Rechtssprünge*, p. 223, las consideraciones de *Kant* sólo se pueden referir al Derecho criminal en sentido estricto (criminalidad grave), no al Derecho policial (criminalidad leve). Lo cual es cuando menos dudoso a la vista de los ejemplos de *Kant* —p. ej., supuestos de injurias—. Acerca del cambio de *Kant* contra el Estado que gobierna de modo positivo, por una parte, así como del Estado que obliga a la virtud, por otra, *Bielefeld*, GA, 1990, pp. 108 ss., 110 ss.

²² Todas las citas están tomadas de la *Metaphysik der Sitten*, 1.ª parte, 2.ª ed., Königsberg, 1798, II parte, apartado 1.º, consideración general, E.

²³ De acuerdo con *H. Mayer*, *Engisch-Festschrift*, pp. 54 ss., 69 ss., 73, *Kant* no pretendía proporcionar fundamentación alguna de la imposición de la pena, sino sólo de su medida, lo cual no cabe compararlo con las consideraciones de *Kant* acerca del carácter categórico de la punición. De todos modos, *Kant* (loc. cit., 5.º añadido sobre el debate del concepto de Derecho penal, nota) habla también de una pragmática penal de acuerdo con reglas de prudencia; vid. sobre ello *Schild*, *ARSP*, 1984, pp. 71 ss., 76 ss.

²⁴ En esta medida acertadamente *Klug* en: *Programum*, pp. 36 ss., 40. Los reproches esgrimidos contra el esquema que aquí se propone, considerándolo una «posición conservadora» (*Baratta*,

problema de legitimación, ya que también la punición del autor «porque ha delinquido» es justa sólo si el delito está definido legítimamente. Pero a esta definición nada aporta la teoría absoluta²⁵. La legitimidad de la definición más bien la presupone *Kant* al exponer que la ley penal es un «imperativo categórico»²⁶. Si el problema de legitimación se soluciona en sentido absoluto, es decir, en favor de las normas que no vienen proporcionadas por una situación social concreta, estas normas, en el caso que *Kant* pone como ejemplo de la solución de la sociedad, por definición no perderían ya nada de su legitimación, de modo que lo extremadamente categórico de la teoría absoluta sería ineludible para toda teoría relativa. La norma que tras la disolución de la sociedad siguiera siendo necesaria^{26a} debería seguir siendo estabilizada²⁷.

4. En *Hegel*²⁸ la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se aparta de la teoría de la justicia clásica» (*Smaus*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1985, pp. 90 ss.) aciertan, pues, si el orden social actual estuviera adecuadamente descrito con los conceptos citados. También es correcta la afirmación (reprobatoria) de *Zaczek* (Unrecht, p. 34) de que incluso «el orden malo, disvalioso» puede «reclamar el ser un ordenamiento jurídico» (habría que añadir: si funciona) (a semejanza de *Zaczek*, *AK-Schild*, § 20, 21, núm. marg. 73). El propio *Zaczek* determina, partiendo de *Kant* y *Fichte*, una relación de reconocimiento (constituida por medio del comportamiento correcto en la práctica) entre los individuos como base de todo ordenamiento jurídico (legítimo) (pp. 126 ss.). *Köhler* —siguiendo las huellas de *Kant* y *Hegel*— intenta llevar a cabo una determinación absoluta de la pena vinculada con una determinación absoluta de la infracción penal. La infracción penal es «contradicción consigo mismo ante el foro de la razón práctica» y como norma no puede «quererse consecuentemente en realidad como algo de validez general» (Begriff, p. 31; Zusammenhang, p. 33). En el ámbito jurídico, ello quiere decir: El delincuente niega la libertad del otro y «en ello niega sustancialmente su carácter final autónomo, precisamente mediante la autonegación del sujeto de la acción como alguien que reconoce autónomamente» (Begriff, p. 49). Bien es verdad que la pena es en esa medida heterónoma cuando el propio autor «en su propio defecto en la razón, aún es parcial» (Begriff, p. 51), pero «es necesario para la razón, incluso immanente, neutralizar el delito» (Begriff, p. 50), y por eso la pena está fundamentada «indirectamente por la razón jurídica del autor» (Begriff, p. 51). Resultado: «... lo que tienen que significar en concreto injusto, delito y pena (se determina) válidamente, en definitiva, por el silogismo autónomo de la razón, o sea, de un saber práctico válido en general de por sí, sobre las circunstancias jurídicas concretas en que se basa la relación jurídica concreta» (Begriff, p. 63). Por razonable que esto sea, se ajusta únicamente a ordenamientos jurídicos a su vez razonables, dada la inteligibilidad absoluta de lo razonable por parte de todos, hasta en los pormenores. Para un ordenamiento que al menos sea también producto de intereses y presiones objetivas, origen, hábito y otras causas, la cuestión del aseguramiento de la existencia, e incluso del aseguramiento de una posibilidad de tránsito a mayor razón, no cabe contestarla así. Semejante a los modelos de *Zaczek* y *Köhler* es el de *AK-Schild*, núm. marg. 49 ss., 74 ss., ante § 13; §§ 20, 231, núm. marg. 50 ss., con crítica al esquema que aquí se propugna, núm. marg. 72 ss. *Vid.* asimismo *supra* 9 nota 7 y 17/20, con nota 45d.

²⁵ De otra opinión *Baucke*, en: Hauptprobleme, pp. 9 ss., 25 s.; *vid.* también *Kunz*, ZStW, 98 pp. 823 ss., 828.

²⁶ *Höffe*, Rechtsprinzipien, pp. 225 ss.

^{26a} En el ejemplo, *Kant* no se refiere a una renuncia a toda forma de sociedad en general, sino a una sociedad concreta; el carácter categórico se corresponde con el principio de legalidad, § 152.2 StPO. Si se liberase al asesino y éste llegase a la República Federal Alemana, ¡se le castigaría por el § 7.2 StGB! La que si es extraña es la anterior afirmación de *Kant* de que, en un mundo regido por personas (no por Dios), la secuencia de delito y pena es «sólo hipotética y toda vinculación directa de los conceptos de infracción y merecimiento de pena sirven al gobernante sólo como justificación, no como prescripción para sus resoluciones...» (Carta a Erhard, fechada en 21 de diciembre de 1972).

²⁷ Ello lo pasa por alto *Klug*, en: Programm, pp. 36 ss., 39 ss., e incluso *Roxin*, JuS, 1966, pp. 377 ss., 383.

²⁸ Grundlinien der Philosophie des Rechts. En relación con el texto que sigue, *vid.* *Flechr-*

diferencia de la prevención general positiva aquí representada. El sistema de referencia de *Hegel* para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema de referencia actual lo forman las condiciones de existencia de la sociedad. Por lo demás, se da la siguiente concordancia: *Hegel* interpreta el hecho punible como «algo negativo», es decir, como vulneración del Derecho en el sentido de su negación. Esta vulneración alega una pretensión de validez, pero la pena sale al encuéntro de tal pretensión, como «vulneración de la vulneración», y así como «reestablecimiento del Derecho»²⁹. Esta secuencia es absoluta, ya que el Derecho ha de ser necesariamente, siempre, Derecho impusible³⁰, lo que constituye un argumento es, no la utilidad de la pena, sino solamente la idea del Derecho convertida en concepto³¹. Dado que *Hegel* no interrelaciona hecho y pena como hechos externos, sino como sucesos dotados de significación, ya no se trata —como en *Kant*— de una igualdad de género, sino de igualdad «según el valor de los mismos»³². Con lo que *Hegel* se da cuenta de que la pena necesaria corresponde al «poder de la sociedad ya seguro de sí mismo», es decir, que en sociedades consolidadas puede rebajarse la medida de la pena, pues en ellas es más reducida «la peligrosidad de la acción para la sociedad»³³. «Un Código Penal pertenece, por tanto, ante todo a su tiempo y al estado en que se encuentre la sociedad civil»³⁴. Así pues, en *Hegel* la pena es absoluta en lo conceptual, pero en su concreta configuración es relativa al respectivo estado de la sociedad.

5. a) En las teorías absolutas más recientes³⁵, incluidas las teorías de la unidad, la propia pena se halla sometida a la reserva de su necesidad social.

heim, Hegels Strafrecht, pp. 78 ss., 82 ss., 91 ss., 102 ss.; *H. Mayer*, Engisch-Festschrift, pp. 54 ss., 74 ss.; *Selmann*, JuS, 1979, pp. 687 ss.; *Herzog*, Prävention, pp. 75 ss., con el deseo de recuperar para la actualidad la intervención del Derecho objetivo con la «consideración subjetiva del delincuente» (*Hegel*) (*vid.*, pp. 135); *Köhler*, Lackner-Festschrift, pp. 11 ss., 30 ss., insistiendo enfáticamente en que el delito sólo puede ser una «contradicción consigo mismo» en una «relación derecho-deber (realmente) referida autoconcluyentemente al suceso». Acerca de la evolución en el propio *Hegel*, *vid.* *Primoratz*, Geist, pp. 15 ss. Se discute en qué medida *Hegel* desarrolla una teoría de la pena ya en el Derecho abstracto; críticamente, *Schild*, ARSP, 1984, pp. 71 ss., 88 ss.; *Landau*, Arthur Kaufmann-Festschrift, pp. 143 ss., 158. En todo caso, sin teoría de la imputación (como parte de la moralidad, loc. cit., §§ 105 ss., acerca del carácter temporal de la imputación, *vid.* § 118 in fine) y sin relación al Estado como instancia punitiva (loc. cit., § 220), únicamente se desarrolla la estructura en que la pena puede tener lugar.

²⁹ Loc. cit., §§ 99 y 100.

³⁰ Loc. cit., § 97.

³¹ Loc. cit., § 99.

³² Loc. cit., § 101.

³³ Loc. cit., § 218; también anotación marginal al § 96.

³⁴ Loc. cit., § 218.

³⁵ Ya *Binding*, Normen, t. I, pp. 430 ss.; a veces se pasa por alto la relativización de la pena en *Binding* como «mantenimiento de la supremacía del Derecho sobre el culpable según la medida de su culpabilidad» (*op. cit.*, p. 423) a los casos «en que es necesario» (*op. cit.*, p. 430) (*vid.* la biografía en *Armin Kaufmann*, Normentheorie, p. 229); posteriormente, sobre todo *Nagler*, Strafrecht, pp. 580 ss., 588 y *passim*, con bibliografía exhaustiva sobre la doctrina de hasta finales de la Primera Guerra Mundial; *Weizel*, Strafrecht, § 32, I, 1 a y 2; *Maurach*, AT⁴, § 7, I, A y B; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, pp. 201 ss., 207 (retribución unida a expiación). Los autores relativizan en ocasiones sólo si ha de haber pena, y en ocasiones si debe haberla y la medida de la pena adecuada a la retribución. En relación con la lucha de escuelas (con v. *Liszt* y *Binding* como prolegonistas), sutilmente *Frommel*, Präventionsmodelle, pp. 42 ss.; *Wesphalen*, Binding, pp. 221 ss.;

Ello se corresponde también con la posición aquí mantenida; cuando hay equivalentes funcionales de la «vulneración de la vulneración» de *Hegel*, la pena no es necesaria. Este camino conduce a modelos preventivos. Pero, según las teorías absolutas más recientes y las teorías de la unidad, la determinación de la pena independiente de las exigencias sociales, es decir, absoluta, ha de salvarse en la medida en que la pena impuesta a partir de la necesidad social ha de estar limitada por la medida de la pena adecuada a la culpabilidad³⁶. Así pues, la pena adecuada a la culpabilidad se concibe como una pena absolutamente mensurable, que ciertamente no debe imponerse con carácter absoluto, pero que no puede sobrepasarse en absoluto.

23

b) Esta concepción es irrealizable por varios motivos³⁷. Por una parte, una pena preventiva, limitada por una pena adecuada a la culpabilidad, si acaso sólo por casualidad seguiría siendo preventivamente idónea si prevención y culpabilidad fuesen dos magnitudes independientes una de otra; pues si no se le da a la prevención lo que necesita, desaparece. Ejemplo: No se puede fundamentar con los fines preventivos «educación» o «intimidación» la imposición de una pena que es demasiado corta para educar o intimidar (pero sí adecuada a la culpabilidad). Además, desde el adiós definitivo al talión con el paso de *Kant* a *Hegel*, ya no cabe afirmar que el peso de una pena se pueda determinar sin consideración a la concreta experiencia valorativa social, es decir, que sea independiente del estadio evolutivo de la sociedad³⁸. No cabe determinar de dónde haya de venir la experiencia valorativa, si no es de suposiciones acerca de «la peligrosidad de la acción para la sociedad» (*Hegel*); es más, cualquier nueva orientación conduce a valoraciones que carecen de espacio legítimo en el marco de la punición estatal. En tercer lugar, deviene imposible comprobar y controlar la determinación de la pena. Para el límite superior del marco penal ya no se puede distinguir, en la concepción esbozada, si éste es muy elevado porque sería superflua tanta pena a partir de la medida adecuada a la culpabilidad, o por consideraciones preventivas. Por consiguiente, para todo acto de determinación resulta incierto qué alcance corresponde a la culpabilidad y cuál a la prevención.

24

c) Dada esta situación, surge la pregunta de por qué hay que insistir todavía, como principio rector de la medida, en un concepto de culpabilidad formado supuestamente sin atención a los fines. Se trata de un problema de legitimación (al igual que en *Kant* en el concepto de delito se oculta un problema de legitimación del Derecho —¿qué se define como delito legítimamente?—, en *Hegel* en el concepto de Derecho —¿qué Derecho positivo satisface el concepto?—). Si hubiese una pena correspondiente a una culpabilidad determinada sin consideración a fines, se exigiría la legitimación de la pena en un doble sentido. Por una parte, a lo sumo se puede castigar inútilmente desde el punto de vista preventivo, pero no de modo en sí injusto, si ya antes de toda

ambos con bibliografía. Con respecto a la bibliografía sobre las teorías de la unión, *vid. infra*, nota 70.

³⁶ Ahí se discute si la culpabilidad únicamente limita a la pena o también —en la medida de lo necesario— la fundamentación; *vid. sobre ello Arthur Kaufmann*, JZ, 1967, pp. 553 ss.; 555; *Lenckner*, Handbuch, t. I, pp. 3 ss., 18; *Jakobs*, Schuld und Prävention, p. 5.

³⁷ En relación con el texto que sigue, *vid. Jakobs*, Schuld und Prävention, pp. 3 ss.

³⁸ Aún no superado: v. *Liszi*, ZStW, 3, pp. 1 ss., 24.

prevención en sí se ha incurrido en una pena, precisamente la pena adecuada a la culpabilidad. Por otra parte, una prevención a la que a través del principio de culpabilidad se le ha privado de sus casos extremos tampoco tiene que legitimarse como una prevención potencialmente extrema, sino sólo como una prevención moderada; así pues, la limitación por medio de la culpabilidad o bien permite ahorrar la legitimación para el concepto inequívocamente preventivo o bien hace superflua una abierta limitación de la prevención mediante la primacía de otros fines (la profilaxis del delito no es el fin más alto). Los contenidos preventivos de la culpabilidad se analizan detalladamente *infra* (apartados 17 a 20).

B. La teoría de la expiación

25

La expiación como comprensión por parte del autor del injusto realizado, así como de la necesidad de pena, con la consecuencia de una reconciliación con la sociedad, ya no se propugna hoy en día como función principal de la pena³⁹. En parte se afirma que es legítimo que la pena posibilite la expiación, pero sin que se pretenda la expiación con carácter forzoso⁴⁰. En tanto que se quiere decir que el fenómeno de la punición, incluida la ejecución de la pena, ha de configurarse de modo que se fomente la disposición del autor a la expiación⁴¹, no se trata ya de un problema de la teoría de la pena. En la medida en que entra en juego la idea de que la expiación puede contribuir a la legitimación de la pena como efecto secundario (como, p. ej., también es un efecto secundario el aseguramiento frente al autor mientras dura una privación de libertad), ha de objetarse:

26

La pena compensa la infracción de la norma. Toda expectativa ante el autor que vaya más allá de la pena apunta a algo más que únicamente a la simple compensación. Por ello, la expiación como reconocimiento activo de la norma no constituye motivo para atenuar la pena (*vid.* § 46, párrafo 2, del StGB, último grupo de casos) o para no punir (*vid.* § 24 del StGB), pero la ausencia de expiación es algo propio necesariamente de la infracción de la norma no subsanada y por lo mismo no constituye un fundamento de la pena, junto a la infracción de la norma. Además, la promesa al autor de que puede reconciliarse con la sociedad mediante la aceptación de la pena no tiene en cuenta que las sanciones informales pueden ser independientes de las formales⁴².

³⁹ *Vid.* no obstante, *Preiser*, *Mezger-Festschrift*, pp. 71 ss., 77 ss.; también *LK²-Koffka*, núm. marg. 4, ante § 13; desde el punto de vista médico, *Bleuler*, en: *Schuld, Verantwortung, Strafe*, pp. 103 ss., 113 ss. En relación con el concepto de expiación, acertadamente *Noll*, *Begründung*, p. 8. Será dudoso si el autor susceptible de expiación es capaz del hecho; *vid.* en torno al arrepentimiento, *Müller-Lückmann*, en: *Tötungsdelikte*, pp. 119 ss., 128.

⁴⁰ *Jeschek*, AT, § 8, I, 2 a, y II, 2; *Welzel*, *Strafrecht*, § 32, I, 1 a; *Arthur Kaufmann*, JZ, 1967, pp. 553 ss., 557 ss.; *el mismo*, en: *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, pp. 43 ss., 50 ss.; *Baumann*, *JurBl*, 1965, pp. 113 ss., 119; *el mismo*, AT, § 3, II, 2 b, 88; *Frey*, en: *Schuld, Verantwortung, Strafe*, pp. 297 ss.

⁴¹ Así especialmente *Baumann*, *op. cit.*

⁴² Críticamente sobre la expiación también *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 15; *Roxin*, JuS, 1966, pp. 377 ss., 379; *Schmidthäuser*, Sinn, p. 52; *Eb. Schmidt*, *Materialien*, t. I, pp. 9 ss., 11 ss.; *el mismo*, ZStW, 67 pp. 177 ss., 187 ss.; *Maurach-Zipf*, AT, I, § 7, núm. marg. 19; *Lüderssen*, en: *Christentum*, pp. 1261 ss., 1268 ss.; *Neumann y Schroll*, *Theorien*, pp. 16 ss.

IV. LAS TEORÍAS RELATIVAS (TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN)

A. Las teorías de la prevención general

27 1. a) Ya de entrada se desarrolló el modelo de una *prevención general positiva*, es decir, el modelo de una pena cuya función consiste en ejercitar en el reconocimiento de la norma. También se encuentra en la prevención general la idea de que misión de la pena es hacer desistir (intimidar) a autores potenciales. En esta variante de la prevención general no se trata del significado expresivo de la pena como contradicción de la infracción de la norma, sino del carácter drástico del sufrimiento propio de la pena como consecuencia desalentadora del comportamiento infractor: *prevención general negativa*. La formulación más conocida de las teorías de la prevención general negativa se debe a Feuerbach, pero no como teoría de la pena, sino de la conminación penal mediante leyes penales («teoría de la coacción psicológica») ⁴³. Todas las contravenciones de la ley, según Feuerbach, surgen de la «sensualidad», es decir, «el apetito del hombre se ve impulsado a la comisión por el placer en (o procedente de) la acción» ⁴⁴. Está prácticamente descartado impedir a los autores la ejecución del hecho mediante la coacción física. Si han de evitarse las infracciones del Derecho, «no le queda al Estado otro medio que intervenir por medio de la sensualidad misma en la sensualidad, y... neutralizar el estímulo sensorial mediante otro estímulo sensorial» ⁴⁵. Se neutralizan los impulsos hacia la acción «cuando todo ciudadano sabe con certeza que a la infracción seguirá un mal mayor que aquel que... surge de la no satisfacción de la necesidad tras una acción» ⁴⁶. Esta consciencia se le transmite al ciudadano al amenazar una ley con el «mal mayor», la pena, antes del hecho y con una descripción exacta del hecho y de la pena ⁴⁷, y al poner de manifiesto la seriedad de la amenaza mediante la ejecución en todo caso de infracción (ha de añadirse: en la medida en que se pueda capturar al autor). La efectividad concorde del poder legislativo y ejecutor con el fin de intimidar desalentando constituye la coacción psicológica ⁴⁸. El «poder ejecutor» no debe ciertamente actuar con el fin de la «efectividad concorde», porque, de lo contrario, se abusaría del reo como simple medio para el provecho de otros, lo que Feuerbach —como buen kantiano— reprueba. La eficacia es, por ello, sólo un efecto secundario —bien recibido— de la pena que ha de fundarse absolutamente: la pena es la «consecuencia jurídicamente necesaria» del delito ⁴⁹. Pero debe permitirse vincular lo útil con lo necesario en términos ab-

⁴³ Vid. sobre ello Naucke, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; el mismo, ZStW, 87, pp. 861 ss., 880 ss.; Radbruch, Feuerbach, pp. 44 ss., 85 ss.; Hruschka, JZ, 1987, pp. 161 ss., 163 ss.

⁴⁴ Lehrbuch, § 13; Revision, p. 44.

⁴⁵ Revision, pp. 44 s.

⁴⁶ Revision, pp. 45 s.; Lehrbuch, § 13.

⁴⁷ Vid. Bohuert, Feuerbach, p. 13.

⁴⁸ Lehrbuch, § 14.

⁴⁹ Revision, p. 49; Lehrbuch, § 28.

solutos y configurar de modo más impresionante la realización de la conminación penal ⁵⁰.

b) En la teoría de Feuerbach, el doble valor de la punición no está nada claro ⁵¹. Como muestra de que la conminación penal va en serio, la punición debe actuar conforme a fines, mientras que por el contrario como pena al autor debe ser ajena a fin alguno. Por lo demás, el modelo ofrece ciertamente una armonía de los principios penales más importantes: se veda el tratar al autor como un «objeto de los derechos reales» (fundamentación absoluta de la pena), se impiden las infracciones («coacción psicológica de la conminación penal»), se evitan las penas innecesarias (la realización de la pena es necesaria para respaldar la conminación penal) y se vincula estrictamente la pena a la ley (conminación precisa y descripción también precisa del comportamiento con anterioridad al hecho). Pero el modelo tiene defectos que lo convierten en inservible: Los hechos no se basan en un cálculo racional de sus consecuencias, y un cálculo racional no se atiene a la secuencia *jurídicamente* necesaria de hecho y pena, sino que tiene en cuenta más bien la probabilidad *efectiva* de resultar castigado o de sustraerse a la pena, lo que puede dar lugar a una diferencia notable.

2. a) El principal defecto de esta prevención general negativa y de sus variantes más recientes ⁵² que resaltan de diversos modos el efecto intimidante de la pena, no es desde luego su refutabilidad ⁵³. Contra la refutabilidad cabría objetar que no afecta a aquellos grupos de delitos en los que los autores por lo general actúan racionalmente para conseguir un fin, o sea, los delitos en el ámbito de la criminalidad económica. Es más, el modelo podría «mejorarse» aumentando la intensidad de la persecución hasta una medida en la que la intimidación actúe sobre todas las personas, a menos que sean Eróstratos. La teoría de la prevención general negativa, sin embargo, parte de una base equivocada: Mide el beneficio potencial del delincuente y compensa esta ventaja me-

⁵⁰ Revision, p. 60.

⁵¹ Vid. además la crítica de Binding, Normen, t. I, p. 500.

⁵² Hoerster, GA, 1970, pp. 272 ss.; el mismo, ARSP, t. 58, pp. 555 ss.; Ostendorf, ZRP, 1976, pp. 281 ss.; Strasser, KrimJ, 1979, pp. 1 ss., 16 (al esquema de todos los autores mencionados se ajusta desde luego también la prevención general positiva); Vanberg, Verbrechen, passim; Luzón, GA, 1984, pp. 393 ss., invocando teorías psicoanalíticas (pp. 400 ss.); vid. también el modelo económico en Adams y Shavell, GA, 1990, pp. 337 ss., 341 ss. La jurisprudencia maneja la prevención general negativa como guía de determinación de la pena en el marco de la pena determinada («cómo») adecuada a la culpabilidad; BGH, 28, pp. 318 ss., 326 s.; BGH en Dallinger, MDR, 1973, pp. 727 s., y 899 s.; BGH JZ, 1975 pp. 1843 ss., con comentario favorable de Tiedemann, loc. cit., pp. 185 ss., 186 s.; BGH en Holtz, MSDR, 1976, p. 812; BGH NSJZ, 1982, p. 112, con comentario acertadamente desfavorable de Wolfslast, loc. cit., pp. 112 ss.; BGH StV, 1982, pp. 166 s., y p. 167; BGH JZ, 1982, pp. 771 s., con comentario desfavorable de Köhler, loc. cit., pp. 772 s.; BGH NSJZ, 1984, p. 409; 1986, p. 358; en conjunto favorablemente, LK-G. Hirsch, § 46, núm. marg. 25; acertadamente crítico sobre la jurisprudencia, Bruus, Strafmessungsrecht, pp. 328 s., con más remisiones.

⁵³ Acerca de la falsación (o no verificación) de la intimidación (en relación con otros esquemas preventivo-generales, vid. *infra* l. nota 56) vid. Kaiser, Generalprävention, pp. 339 ss., 351 ss.; Schödt, Strafzumessungspraxis, pp. 86 ss., 96 ss., 197 ss.; el mismo, Jescheck-Festschrift, pp. 1081 ss., 1098 ss., 1104; Albrecht, Dunkel y Spie, MonSchrKrim, 1981, pp. 310 ss., 311, 313, 323; Kähler, MonSchrKrim., 1982, pp. 200 ss.; Maiwald, GA, 1983, pp. 49 ss., 69 ss.; Berlet, Pa-lin-Festschrift, pp. 31 ss.; Driendl, Strafrechtswissenschaft, pp. 39 ss.; no obstante, en otro sentido, Vanberg, Verbrechen, pp. 37 ss.

dante un mal, pero no atiende al daño que el hecho produce en el orden social. Si se quiere que para otros autores deje de ser atractivo el hecho, el mal debe ser más importante que el beneficio del hecho; pero éste es independiente del daño social que el hecho produce.

30 b) En la —potencialmente considerable— desproporción de ahí derivada, entre el daño social y el *quantum* de la pena, fracasa cualquier aplicación, aun cuando sólo sea aproximada, del modelo de *Feuerbach* y sus seguidores.⁵⁴ Por expresarlo con un ejemplo: En el supuesto de un asesinato para obtener un botín de algunos cientos de marcos puede tener suficiente eficacia preventiva una multa de algunos miles de marcos, mientras que frente a la difamación (*üble Nachrede*) que el autor comete para mantener sus relaciones personales o para beneficiarse en su carrera sólo podrá ser suficiente mal la perspectiva de una larga pena privativa de libertad. En definitiva, por tanto, deberían suprimirse todos los grupos de delitos de la Parte Especial que se orientan al bien atacado y crearse nuevos grupos en función del *quantum* del beneficio potencial. Entonces, en los grupos que habrían de castigarse con mayor severidad se encontrarían delitos con elevado *quantum* de provecho, resultando indiferente que se cometieran mediante la muerte de una persona, la falsificación documental o un breve allanamiento de morada. Los delitos de traición habría que situarlos en el ámbito de la criminalidad grave, en el caso de autores por motivos ideológicos, y en el de las infracciones patrimoniales cuando éstos actuaran por móviles económicos, etc.

31 c) Esta desproporción —potencialmente notable— entre el *quantum* del beneficio del hecho y el *quantum* de su dañosidad social se deriva de que en el modelo de la intimidación no aparecen los destinatarios del funcionamiento de la pena: los miembros de la sociedad, a los que se debe proteger ante infracciones de la norma. Tales miembros no consideran primordialmente al delito como un suceso potencialmente provechoso para el autor, sino potencialmente perjudicial para ellos mismos.

32 d) Muchos intentan ocultar este hecho mediante una complementaria limitación de las penas máximas: Tampoco la pena intimidante debe superar la medida de lo adecuado a la culpabilidad o de lo proporcionado, porque de lo contrario se la sentiría como arbitraria y perdería su eficacia intimidatoria. Pero de este modo no se puede aclarar, desde luego, la inadmisibilidad de penas más elevadas en los supuestos de alto beneficio por el hecho, pero de daño social insignificante. Sin embargo, también se percibe como arbitraria la pena extremadamente leve en supuestos de provecho insignificante y alto daño social, de modo que la pena intimidatoria sea como sea hay que modificarla en esa medida. En conclusión, el modelo de la intimidación no es apto como teoría de la pena.

33 e) Con ello no queda descartado, sin embargo, que en casos singulares la pena se imponga con el propósito de intimidar. En épocas críticas el estado de

⁵⁴ Kindhäuser, GA, 1989 pp. 493 ss., 498; algunas soluciones de compromiso ofrece Hoerster, GA, 1970, pp. 272 ss., 278 s.

excepción quiebra las limitaciones que se dan por supuestas en épocas de tranquilidad.⁵⁵

34 3. Los modelos que se corresponden en lo esencial con el de la *prevención general positiva* descrito al principio encuentran cada vez más representantes en la bibliografía reciente⁵⁶, e incluso acompañan a numerosas variantes de las teorías retributivas. Naturalmente existen diferencias en dos puntos: Primordialmente se entiende el principio de culpabilidad como limitación de la prevención general positiva, mientras que para la concepción defendida aquí es un derivado de esta prevención (detalladamente *infra* 17/18 ss.). Además, el significado de la infracción de la norma y de la pena sólo raras veces se debate.

B. Las teorías de la prevención especial

1. La problemática general

35 a) Cuando se considera misión de la pena desalentar al autor con respecto a la comisión de hechos futuros, se habla de prevención especial. No es que se afirme que el contenido del Derecho penal alemán vigente esté concebido a la medida de la prevención especial por entero o si acaso sólo en sus piezas esenciales; lo que sí se postula es que el Derecho penal debe configurarse de *lege ferenda* de modo que sirva a la prevención especial, o sustituirlo por medidas de seguridad idóneas. La exigencia mínima consiste en prescindir de aquellas penas con cuya ejecución incluso se eleva la probabilidad de que el autor cometa ulteriores delitos.

36 b) La influencia sobre el autor debe realizarse de modo que se le impida por la coerción física cometer otros hechos o que se le impulse a no cometerlos por su propia voluntad. Esto último sucede por la vía de la corrección (*Besserung*) del autor, sea esta vía la educación o el adiestramiento, la intervención corporal (p. ej., castración), o la intimidación mediante una pena admonitoria. La función de la pena y de las medidas de seguridad que la acompañan o la sustituyen se puede, por tanto, caracterizar, siguiendo a v. Litz, así: «1. Corrección del delincuente susceptible de corrección y necesitado de ella. 2. Intimidación del delincuente no necesitado de corrección. 3. Inocuidación del delincuente no susceptible de corrección»⁵⁷.

37 c) a') La respuesta a la cuestión de si funciona en absoluto un modelo así y por qué, no es evidente. Las dudas sobre su funcionamiento no son oportunas mientras que en el tratamiento que se aplica al autor, corrigiéndole, intimidándole o inocuidándole surja tanto padecimiento que se marque de ese modo al autor como titular de los costes de la infracción ocurrida, pues mientras se asigne un padecer como consecuencia aún siguen siendo posibles los efectos de la prevención general positiva. Incluso la circunstancia de que al autor se le atribuya algo y se reaccione contra él le señala como causa del conflicto, reafirmandose así la norma. Estos efectos se basan en la impresión que susci-

⁵⁵ Vid. Nagler, Strafe, pp. 616 s.

⁵⁶ Bibliografía *supra* I/nota 16.

⁵⁷ ZStW, 3, pp. 1 ss., 35 ss.; «Programa de Marburgo».

tan en la generalidad el juicio penal de imputación y el tratamiento preventivo, y por ello no tienen nada que ver con las singularidades de la prevención especial; son más bien efectos secundarios de cuño preventivo-general.

38

— Lo específicamente preventivo-especial no es definir como conflicto la lesión efectiva de la validez de la norma mediante la infracción, sino tomar a la infracción de la norma como mero sintoma de futuros delitos del propio autor; el peligro de que se produzcan tales delitos es el conflicto desde un punto de vista preventivo-especial. Ha de renunciarse, por tanto, a la solución de la decepción de la expectativa normativa en favor de la solidez frente a decepciones de futuras expectativas cognitivas. Esta renuncia podría producirse si la solución cognoscitiva promete tener éxito y si además los decepcionados pueden definir al autor como diferente, no normal, necesitado de ayuda o algo similar, en todo caso como una persona que —por lo que se refiere a la norma— ocupa una posición especial. En tales casos no se altera la vinculatoriedad de la norma que rige para todos, porque el autor difiere de ese «todos» en un aspecto relevante. El principal caso en que se aplica tal solución de decepciones cognitivas es el tratamiento preventivo de aquellos en que resulta verosímil tanto la educabilidad como un déficit de educación, concretamente: el tratamiento de jóvenes y adolescentes. Por ello el Derecho penal juvenil es el reino de la prevención especial, y su sustitución por medidas no punitivas (que en caso ideal ni siquiera han de sentirse como un mal), es una consecuencia preventiva especialmente conveniente, pero sólo si el déficit educativo se pone de manifiesto claramente y cabe solucionarlo en la práctica, pues de lo contrario también el Derecho penal juvenil se suma al modelo de la prevención general positiva ^{57a}.

39

— Sin embargo, si no se puede determinar en el autor ninguna singularidad, la interpretación preventivo-especial del conflicto en el ámbito cognoscitivo tiene como consecuencia necesaria que para el que ha resultado decepcionado también su propio comportamiento se convierte en un asunto de carácter meramente cognoscitivo. Si el comportamiento desviado que cualquiera lleva a cabo constituye una decepción de expectativas cognitivas, como lo es una enfermedad, la cuestión de cómo hay que comportarse se transforma para todos en la cuestión de cómo se comporta de hecho la gente. La vida social (así como la vida humana individual) ya no podría ser organizable de producirse esa abstención de la norma, desde luego no si se parte de una sociedad de las características de la actual.

40

b') Así pues, existe al menos la sospecha de que la prevención especial sólo funciona mientras vaya acompañada de efectos secundarios de naturaleza preventivo-general. El propio v. *Liszt* tiene en cuenta, incluso en los casos de personas que no muestran particularidades frente a la generalidad, consideraciones fácticas aunque claramente preventivo-generales: En los supuestos de adultos reincidentes se trataría no tanto de corrección (lo que en todo caso no sólo

^{57a} Convincentemente, *Boitke*, Generalprävention, *passim*, donde también habla de los peligros que surgen para las garantías procedimentales del Estado de Derecho cuando se redefine la intervención punitiva como beneficio de carácter preventivo-especial; *Schlichter*, GA, 1988, pp. 166 ss.; dada la simultánea minimización de las intervenciones estatales, *Walter*, en: *Bedeutung*, pp. 59 ss.; *Albrecht*, *Jugendstrafrecht*, § 8, 9. Con respecto a los momentos bajos de la praxis, *vid.*, OLG Schleswig, StV, 1985, pp. 420 ss.

le acarrea un mal al autor) como de aseguramiento, y no en una jaula dorada, sino en «sujeción penal» ⁵⁸. Probablemente tampoco la insistencia de v. *Liszt* en el principio del hecho se base sólo en los motivos de Derecho público por él ensalzados, sino en la eficacia intimidante de carácter preventivo-general propia de este principio.

2. La vulneración del principio del hecho

41

a) Hay aún reparos más sólidos contra la prevención especial. La objeción principal es que vulnera el principio del hecho. Al menos nominalmente, en la prevención general se puede limitar la responsabilidad a la medida en que el autor haya perjudicado a la validez de la norma (prevención general positiva) o a la expectativa fáctica de que se obedezca la norma (prevención general negativa). Por el contrario, en la prevención especial es desde el principio imposible —a excepción de los autores ocasionales— desalentar al autor, con la sola punición, de que cometa delitos como los que ha ejecutado, pero dejarlo por lo demás sin tratamiento. No hay ningún método que enseñe cómo disuadir al autor de cometer hurtos o estafas de mediana importancia, es decir, sólo de aquellos hechos del mismo tipo que el cometido. Aun cuando no se siguiera un principio como «todo o nada», sino que se aceptase que una persona se halla más o menos adaptada socialmente, resulta ajena a la experiencia, al menos en la mayoría de los casos, la idea de poder adaptar a una persona no adaptada exclusivamente según la clase y la medida del hecho cometido. Por ello, la teoría de la prevención especial debe despedirse del principio del hecho: El hecho no es sino motivo para el tratamiento.

42

b) a') El hecho es desde luego una mala ocasión para la prevención especial, porque —de nuevo a excepción de los autores ocasionales— se comete o se descubre en un momento en que la desviación ya no es reversible. Los procedimientos idóneos para la prevención especial no son las penas u otros tratamientos posteriores a la comisión de los delitos del Código Penal, sino que lo serían por ejemplo las ayudas para los desempleados, para los que no tienen ganas de trabajar, para los endeudados, para los que tienen dificultades en la familia, para los drogadictos, etc.

43

b') La discordancia que supone la vinculación del Derecho penal a un hecho socialmente dañoso (y no a una situación de creciente inclinación al hecho) la percibió ya v. *Liszt*. En virtud de su solución, «el Derecho penal (debe presentar)... el límite infranqueable de la Política criminal» ⁵⁹, lo que significa que la imposición de una pena debe decidirse recurriendo al «Derecho penal», donde rige el principio del hecho, pero para la clase y medida de la pena debe recurrirse a la «Política criminal». De este modo se cumple con ambos lados, pero también se perjudica a ambos: El principio del hecho debe su origen a las teorías de la pena que propugnan graduar la pena según la magnitud del daño causado, pero carece de función en un modelo orientado a la prevención espe-

⁵⁸ v. *Liszt*, ZStW 3, pp. 1 ss., 42 ss.

⁵⁹ Aufsätze und Vorträge, t. II, pp. 75 ss., 80; *vid.* además el mismo, ZStW, 13, pp. 325 ss., 354 ss. *Vid.* sobre ello *Roxin*, ZStW, 81, pp. 613 ss., 627 ss.; *Jeschek*, *Klug-Festschrift*, pp. 257 ss., 261.

cial. Aquí impide la eficacia, así como pierde a su vez la mitad de su función: indicar la medida de la pérdida de validez de la norma y a través de ello indicar la medida de la pena compensatoria ^{59a}.

44

c') El apartamiento con respecto al hecho va tan lejos que en numerosos casos llega a ser imposible especificar en el momento del juicio una determinada duración de la consecuencia jurídica, lo que es inocuo desde los principios del Estado de Derecho en consecuencias jurídicas que consisten principalmente en asistencia, pero no así en los casos en que consisten en infligir un mal. El motivo de la indeterminabilidad reside en que el hecho (cometido) es sólo ocasión para una adaptación social (futura) del autor; la mirada dirigida sólo hacia adelante no puede divisar más que el efecto de la adaptación social, y no se puede predecir exactamente nunca cuándo se ha alcanzado este punto; a menudo ni siquiera aproximadamente ⁶⁰. Por ello, la admisibilidad de una pena privativa de libertad de duración indeterminada es el signo evidente de un Derecho penal orientado ante todo hacia la prevención especial ⁶¹ (vid. § 19 JGG).

45

c) Además, hay que objetar a este modelo que —al igual que en la prevención general negativa— en él no están vinculados el *quantum* del daño social y el de la reacción, de modo que puede llegarse a desproporciones extremas. Según los principios de la prevención especial, al autor que no deja de reincidir debería «asegurarsele», a pesar de los daños sólo medianos derivados de sus delitos (o sea, habría que imponerle una custodia aseguradora que dure años). Desde luego cabe corregir tales resultados con ayuda del principio de proporcionalidad, pero entonces se topa con la dificultad de tener que prescindir de una reacción preventivo-especial por falta de proporcionalidad, y de una reacción preventivo-general, porque la prevención general no puede legitimarse como simple colmadora de lagunas. Dificultades paralelas surgen en los casos de autores de hechos graves que no necesitan adaptación social, o sólo escasamente. Constituyen ejemplo de ello no sólo numerosos asesinos de la época nacional-socialista, que con posterioridad han llevado durante decenios una vida de respeto a la ley, sino también autores en situaciones conflictivas cuya repetición es improbable; en los casos de extranjeros sin derecho al asilo no sería necesario más que la expulsión del territorio nacional. Pero si se renuncia a una reacción que compense los daños a la vigencia de la norma, se refuerza el peligro descrito en general *supra* (1/39), en relación con la prevención especial, de que se pierda absolutamente la posibilidad de orientación por la norma.

^{59a} Lo cual valdrá también para el Derecho de medidas referido al hecho (es decir, proporcional a la gravedad del delito) en la concepción de *Baurmann*, *Zweckrationalität*, p. 16, *passim*, 301 ss.

⁶⁰ v. *Liszt*, *Aufsätze und Vorträge*, t. I, pp. 290 ss., 333, 392.

⁶¹ *Vid.* *Wartenberger*, *Materialien*, t. I, pp. 89 ss., con bibliografía; *Stievers*, *Materialien*, t. I, pp. 107 ss.

3. Modelos recientes

46

a) Ciertamente la prevención especial no está definida para siempre en la forma en que la esbozó v. *Liszt* ⁶². Tampoco se reconoce por parte de la generalidad la importancia de las objeciones mencionadas. Los postulados radicales que ya no reconocen al «Derecho penal» como «límite de la Política criminal» representan un ala de la *Société Internationale de Défense Sociale* ⁶³, *Grammatica* ⁶⁴. De las «medidas» que han de aplicarse en el sistema de protección de la sociedad debe requerirse que «1, sustituyan completamente a la pena; 2, que tengan un carácter unitario; 3, que comprendan también medidas preventivas; 4, que posean un carácter indeterminado, para que a lo largo de la ejecución, de acuerdo con el continuo seguimiento de la personalidad, puedan modificarse, sustituirse o incluso concluir; 5, no deben diferenciar en principio entre adultos y menores...; 6, deben adaptarse a la persona y no referirse al hecho objetivamente considerado».

47

b) a') Esta crítica de la prevención especial no tiene la finalidad de descalificar el proceso de adaptación social, sino sólo la absolutización de esa adaptación. Si se parte de un modelo en el que están enlazadas la medida del daño social producido y la medida de la pena, la prevención especial bajo las condiciones arriba apuntadas constituye una estrategia alternativa para la solución del conflicto, y además el único punto de vista desde el que se puede configurar el deber de cargar con los costes por parte del autor de un modo razonable también para éste.

b') El marco disponible para ello es desde luego estrecho, y no sólo por la limitación de la duración de la pena debida a la prevención general y por la limitación fáctica de los medios, sino también por las limitaciones jurídicas de la prevención especial. El Estado no está legitimado para optimizar la disposición moral de los ciudadanos, sino que se ha de conformar con la obediencia externa del Derecho (relegalización) ⁶⁵. Sobre todo no es meta de la prevención

⁶² Presentan un panorama de la marcha de la controversia entre la dirección político-criminal «sociológica» (orientada a los fines) y la dirección clásica (orientada a la retribución) (la llamada lucha de escuelas), *Mezger*, *Stratrecht*, § 4, 2; *Eb. Schmidt*, *Geschichte*, §§ 32 s.; *tescheck*, *ZStW*, 93, pp. 3 ss., 44 ss. Un acertado análisis del estado actual de la discusión se encuentra en *Albrecht*, *ZStW* 97, pp. 831 ss. Como preconizador de la prevalencia de la prevención especial en los últimos tiempos ha de mencionarse sobre todo a *Eb. Schmidt*, *SchwZStR*, 45 (1931), pp. 200 ss.; *el mismo*, *ZStW*, 67, pp. 177 ss.; *el mismo*, *ZStW*, 69, pp. 359 s.; *el mismo*, *Materialien*, t. I, pp. 9 ss., 20 ss.

⁶³ La posición del ala moderada desemboca en una teoría de la prevención especial a la que se ha hecho practicable, y cuyos elementos esenciales son: (1) protección de la sociedad por medio de (2) un conjunto de medidas principalmente no punitivas con vistas a (3) la resocialización; considerándose (4) al individuo como persona responsable, no sólo como objeto de tratamiento, pero al mismo tiempo (5) investigando exactamente sobre él con todas las ciencias humanas. El programa mantiene la pretensión de ser no sólo tecnológico-social, sino también moral. *Arndt*, *Sozialverteilungsgang*, pp. 26 ss.; *y passim*; al respecto, *Meizer*, *Sozialverteilungsgang*; *el mismo*, *JZ*, 1970, pp. 764 ss.; en todos los casos, con bibliografía; *Rieg*, *ZStW*, 81, pp. 411 ss.; 414 ss.; *Zipf*, *Kriminalpolitik* 3.22.

⁶⁴ *Grundlagen* 2.ª parte, p. 213; *vid.* sobre ello *H. Kaufmann*, v. *Weber-Festschrift*, pp. 418 ss.; *Zipf*, *Kriminalpolitik* 3.21.

⁶⁵ *Mailhofer*, *Rechtssiat*, p. 146.

ción especial el crear un miembro útil de la sociedad, sino facilitar al autor el comportarse conforme a la ley. La prevención especial deberá limitarse primordialmente a la «liberación frente a condicionantes externos e internos»⁶⁶, es decir, a liberar de las taras especiales de la persona, lo que rara vez podrá realizarse sin la colaboración del autor. Con la eliminación de las taras se modifican también las actitudes frente a normas informales que constituyen la estructura de una persona; pero ello sólo con medios que también sean legítimos frente a cualquier otro ciudadano que no haya incurrido en conducta punible⁶⁷.

c') Dado que el autor es la causa determinante de conflicto sólo desde un punto de vista normativo —p. ej., desde otro punto de vista pedagógico o psicológico pueden aparecer otras causas determinantes— puede prometer éxito comenzar, a fin de prevenir el delito, reconfigurando por otra parte en vez de por el autor. Los conflictos típicamente sociales no pueden eliminarse efectivamente mediante la prevención especial^{67a}.

V. LAS TEORÍAS DE LA UNIDAD

48 1. Ya pronto se aludió a que los distintos aspectos de las teorías de la pena pueden combinarse entre sí⁶⁸. Lo cual puede tener varios significados^{69 70}.

49 a) Al hablar de combinación no se alude a que se pueda suplir una deficiencia de una teoría, que obstaculiza su aplicación práctica, mediante otra teoría.

⁶⁶ *Stratenwerth*, *Leitprinzipien*, pp. 7 ss., 13. De modo individualista, *Haffke*, en: *Abweichen des Verhalten*, t. III, pp. 291 ss., 30: «La terapia emancipadora no tiene ningún fin positivo, dotado de contenido (vivir sin infracciones penales), sino que se determina de forma exclusivamente negativa, o sea, como auxilio al librarse de un pasado incomprensible y opresor, casi siempre penoso.» Desde luego, no se ve con claridad la relación de esta liberación precisamente con una infracción penal.

⁶⁷ *Vid.* al respecto *Peters*, *Heinitz-Festschrift*, pp. 505 ss., 512 ss.; *Hassmer*, *Kriml*, 1982, pp. 161 ss., 165; *Lüderssen*, en: *Fortschritte*, pp. 67 ss., 79 ss.

^{67a} Acertadamente *Albrecht*, *ZStW*, 97, pp. 831 ss., 857.

⁶⁸ *A. Merkel*, *Gesammelte Abhandlungen*, parte II, pp. 1 ss., 10 ss.; *el mismo*, *op. cit.*, pp. 687 ss., 699 ss., y *passim*; en contra, *A. Nagler*, *GA*, t. 70, pp. 6 ss., 41 ss.; *Köhler*, *Begriff*, pp. 72 ss.

⁶⁹ La jurisprudencia (con detalles sobre ella, *Bruns*, *Strafzumessungsrecht*, p. 320) tiene pocos puntos fijos: las consideraciones preventivas no deben desde luego conducir a sobrepasar la pena ajustada a la culpabilidad (BGH, 20, pp. 264 ss., 267), ni siquiera por debajo (BGH, 24, p. 132 ss., 134). Poco clara aparece la posición de la prevención general (al respecto, *Foth*, *NSZ*, 1990, pp. 219 ss.), lo que no debe sorprender, ya que no cabe separar prevención general positiva y culpabilidad; *vid.* BGH, 6, pp. 125 ss., 127; 24, pp. 40 ss., 44 ss.; 24, pp. 64 ss., 66; BGH GA, 1976, pp. 113 ss., 114. El Tribunal Constitucional Federal (exposición detallada y crítica de su concepto de pena en *Volk*, *ZStW*, 83, pp. 405 ss.) ha considerado, repetidas veces, constitucionales las teorías de la unión, partiendo del principio de culpabilidad, sin establecer con más precisión su contenido; BVerfG, 21, pp. 391 ss., 404; 28, pp. 264 ss., 278; 32, pp. 98 ss., 109; 39, pp. 1 ss., 57; 45, pp. 187 ss., 253 ss. En la pena del Derecho penal juvenil, la jurisprudencia rechaza la prevención general negativa: BGH, 15, pp. 224 ss., 226; 16, pp. 261 ss., 263. La pena juvenil en virtud de la gravedad de la culpabilidad (§ 17.2 JGG) sólo sería admisible cuando lo exijan «motivos educativos»; BGH, 16, pp. 261 ss., 263. Sin embargo, recientemente se tiene también en cuenta, en la determinación, la «significación independiente de la gravedad de la culpabilidad»; BGH StV,

ría; en tales supuestos la teoría defectuosa no es apta en absoluto. Ejemplo: las teorías de la retribución que deben complementarse con consideraciones sobre la necesidad de la retribución no son aptas, como teorías de la retribución, para fundamentar la necesidad de la pena; detrás de la combinación se encuentran teorías preventivas vergonzantes⁷¹. Tampoco se quiere decir con «combinación» que se acumulen varias teorías, ya que la acumulación, en el ámbito de fines divergentes de los modelos combinados, conduce a la indeterminabilidad de la pena; ello se pone de manifiesto, p. ej., en el Proyecto de 1962 (E 1962), que parte de la pena por la culpabilidad, pero que además pretende conseguir la prevención de delitos mediante la intimidación general y especial, así como mediante la resocialización e inocuización del autor⁷², sin que fuese posible concebir cómo podían reducirse tales *desiderata* a un denominador común.

b) Mediante la combinación no cabe soslayar la función de desarrollar una teoría para una pena *practicable*. A una teoría de tales características se la ha designado aquí de entrada como prevención general positiva, la cual habrá de detallarse aún con posterioridad, especialmente en relación con la culpabilidad. Pero esta teoría (como cualquier otra) no se extiende a cada sector del proceso punitivo en su totalidad, sino que deja algunos huecos por configurar, que pueden ser colmados por otras teorías, pero a un nivel inferior, viniendo en consideración como teoría subsidiaria sólo la prevención especial, pues las teorías de la retribución, la de la expiación y la de la prevención general negativa han de desecharse (*supra* 1/17 ss., 25 ss., 27 ss.). Como principal consecuencia, la ejecución de la pena, globalmente, a la que la teoría de la prevención general positiva no aporta nada, ha de configurarse lo más eficazmente posible desde el punto de vista de la prevención especial (§§ 2 s. de la StVollzG)⁷³. Pero la prevención especial influye también en los marcos penales que ha de elegir el legislador, así como en la determinación de la pena, pues con la teoría de la

1982, pp. 121 s.; en el primer sentido, de nuevo BGH en *Böhm*, *NStZ*, 1984, p. 445; *vid. Eisenberg*, JGG, § 17, núm. marg. 33 ss.

⁷⁰ En la doctrina están representadas sobre todo teorías de la unidad en que priman algunas de las teorías unificadas. *Roxin*, JuS, 1966, pp. 377 ss., 387, desarrolla una «teoría dialéctica de la unión», según la cual han de conducirse «los distintos fines de la pena, desde los excesos unilaterales, hacia vías social-constitutivas, equilibrando los puntos de partida individuales mediante un procedimiento de limitación mutua». También según *Gössel*, *Pfeiffer-Festschrift*, pp. 3 ss., 22 ss., junto a la retribución puede aparecer cualquier prevención («teoría modificada de la unión»). Por una teoría de la unión con el centro de gravedad en la compensación de la culpabilidad abogan v. *Hippel*, *Strafrecht*, t. I, § 21 XVII, con bibliografía acerca de la doctrina antigua; *Mezger*, *Materialien*, t. I, pp. 1 ss., 2 s.; *Jescheck*, AT, § 8, V; *LK-Jescheck*, *Introducción*, núm. marg. 3 ss.; *italien*, t. I, pp. 1 ss., 2 s.; *Jescheck*, AT, § 8, V; *Bocklenmann-Volk*, AT, § 2, II, 4; *Dreier*, *GeMaurach-Zippf*, AT I, § 7, núm. marg. 11 ss., 27 ss.; *Bocklenmann-Volk*, AT, § 2, II, 4; *Dreier*, *GeMaurach-Zippf*, AT I, § 7, núm. marg. 11 ss., 27 ss.; *Schönke-Schröder-Siree*, núm. marg. 11 ante § 38. En favor de una teoría de la unión en el marco de lo ajustado a la culpabilidad, con centro en la prevención especial, argumenta *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 30 s.; *el mismo*, *Tatschuld*, pp. 31 s.; también *Baummann-Weber*, AT, § 3, II, 2 a beta (junto a la prevención general); *Benda*, *Faller-Festschrift*, pp. 307 ss.; *Horsikotte*, JZ, 1970, pp. 122 ss., 124, hace saltar el marco de la pena, pero no las reglas de la teoría en la que la prevención general fundamentaría la institución de la pena, pero no las reglas de la determinación, la aporta *Schmidhäuser*, AT, 3/14 ss. *Vid.* también *Forster*, *SchwZStR*, 101 (1984), pp. 242 ss., 261 ss.

⁷¹ Acertadamente ya *Exner*, *Theorie*, p. 36.

⁷² *Begründung*, p. 96.

⁷³ No obstante, *vid.* también BVerfG, 64, pp. 261 ss.; pormenorizadamente, *Arlath*, 1988, pp. 403 ss.; OLG Frankfurt NJW, 1986, pp. 598 s.

prevención general positiva (como tampoco con otras teorías de la pena) no se pueden calcular *cuanta* de pena claramente definidos, sino que ésta indica un marco formado por la reacción que ya puede tomarse en serio y por la reacción drástica que aún no es exagerada. Este marco puede completarse desde la prevención especial, mientras sean posibles medidas eficaces; en otro caso, no se debe sobrepasar la medida mínima de la reacción que ya puede tomarse en serio.⁷⁴ Los detalles constituyen el objeto de la teoría de la determinación de la pena.

2. a) Al margen de este modo de unificar la prevención general positiva con la prevención especial subsidiaria existe siempre una concurrencia de ambas prevenciones como *equivalentes posibles* (junto a otros posteriores) para la solución de conflictos, en la cual se debe determinar la equivalencia en función de la eficacia para solucionar, no presuponiendo dicha equivalencia similitud alguna entre los modos de solucionar (no necesariamente la pena). La respuesta a la cuestión de qué modo de solucionar es el que ha de elegirse no tiene por qué recaer siempre a favor de una única forma de solucionar (p. ej., sólo de la prevención general: § 56, párrafo 3 del StGB), sino que puede asignarle una parte a cada modo de solución, unificando en este sentido tales modos; constituyen ejemplos de ello la suspensión condicional de la pena y las instituciones jurídicas relacionadas (§§ 56, 57, 59 del StGB). Junto a la coerción preventivo-especial hacia el comportamiento conforme a la ley mediante la prisión penal concretada, posiblemente vinculada con la imposición de instrucciones de conducta y la asistencia en la condena condicional (§§ 56 c, d del StGB), interviene la desaprobación pública de tipo preventivo-general, posiblemente vinculada con cauciones (§§ 56 b del StGB).

52 b) El principal ejemplo de este segunda clase de unificación lo constituye el sistema de *doble vía* de las consecuencias jurídicas del delito en el Derecho vigente: En el marco de la proporcionalidad (§ 62 del StGB) y de la necesidad aparecen las medidas de seguridad y corrección de tipo preventivo-especial (§ 61 del StGB) junto a la pena por el comportamiento culpable. Esta intervención paralela se quebranta a favor de la prevención en un doble sentido (sistema vicarial): El tiempo de la ejecución de la medida, en caso de ejecución anticipada, se computa a efectos del cumplimiento de la pena (§ 67, párrafo 4 del StGB), y en caso de que se alcance la meta de la medida de seguridad, la pena, si al menos se ha cumplido en su mitad, puede ser suspendida condicionalmen-

⁷⁴ Teoría del marco o del ámbito de libertad (*Rahmentheorie, Spielraumtheorie*). El que el marco de la pena adecuada la culpabilidad se pueda sobrepasar por motivos de prevención especial, es discutido y, de acuerdo con la concepción que aquí se propugna, ha de negarse, teniendo desde luego en cuenta lo al menos necesario para solucionar el conflicto (*vid. infra* en torno a la culpabilidad, 17/31 s.). Si se tolera la reducción de la pena, también queda atenuada la culpabilidad! Contra la posibilidad de sobrepasar por debajo, la pena, también queda atenuada la culpabilidad de la doctrina dominante, *vid. BGH*, 24, pp. 132 ss.; *BGH* JZ, 1976, pp. 650 s.; *Bruno*, Strafmessungsrecht, pp. 217 ss., 233; *el mismo*, *Wolzel-Festschrift*, pp. 739 ss., 744; *Schäffgen*, *Gallias-Festschrift*, pp. 99 ss., 105; *Feschek*, *AT*, § 4, 1. 3, y § 82, III, 3; *L.-K.-Jeschek*, *Introducción*, núm. marg. 31. En favor de la admisibilidad de sobrepasar por debajo, *vid. Lackner*, *Entwicklungen*, pp. 23 ss.; *Schlönke-Schröder-Stree*, núm. marg. 18 a ante § 38 ss. En favor de la admisibilidad de sobrepasar también por arriba, *vid. Horskotte*, *JZ*, 1970, pp. 122 ss., 124.

te, aun cuando no se hayan cumplido los requisitos del § 57, párrafo 2 del StGB⁷⁵ (§ 67, párrafo 5 del StGB).

VI. APENDICE: FUNCIONES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y CORRECCION

BIBLIOGRAFIA: *H.-L. Albrecht*, *Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik*, *MonSchrKrim.*, 1981, pp. 310 ss.; *J.-B. Bae*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB*, 1985; *P. Bockelmann*, *Studien zum Täterstrafrecht*, 1939; *H.-J. Bruns*, *Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im StGB-Entwurf*, 1956, *ZStW*, 71, pp. 210 ss.; *H. Dünneberg*, *Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den freiheitsentziehenden Maßregeln im Entwurf 1960 eines Strafgesetzbuches*, *ZStW*, 72, pp. 32 ss.; *E. Dreher*, *Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßregeln*, *ZStW*, 65, pp. 481 ss.; *R. Eickhoff*, *Die Benachteiligung des psychisch kranken Rechtsbrechers im Strafrecht*, *NSZ*, 1987, pp. 65 ss.; *F. Exner*, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, 1914; *E. R. Frey*, *Heilen statt strafen?*, 1962; *W. Frisch*, *Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung*, *ZStW*, 94 pp. 565 ss.; *el mismo*, *Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtssystem*, *ZStW*, 102, pp. 343 ss.; *G. Grünwald*, *Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf*, 1962, *ZStW*, 76, pp. 633 ss.; *K. A. Halz*, *Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe*, *ZStW*, 70, pp. 41 ss.; *E. Heinitz*, *Die Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der Reform des Strafrechts und des Strafprozesses*, 1960; *H. Herrmann*, *Die mit Freiheitsentzug verbundenen Maßnahmen der Sicherung und Besserung*, *Materialien*, t. II (1), pp. 193 ss.; *H. Horskotte*, *Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und die Maßregeln der Sicherung und Besserung*, *JZ*, 1970, pp. 152 ss.; *P. Keenel*, *Carl Stoops und das zweispurige System der Strafrechtsfolgen*, *SchwZStR.*, 101 (1984), pp. 3 ss.; *M. Köhler*, *Der Begriff der Strafe*, 1986; *E. Kohlrausch*, *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, *ZStW*, 44, pp. 21 ss.; *D. Lang-Hinrichsen*, *Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform*, *Gutachten*, 43, DJT, t. I (3/B), 1960; *Th. Lenckner*, *Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*, en: *H. Göppinger y W. Witter* (ed.), *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, Bd. I, 1972, pp. 3 ss.; *H. Marquardt*, *Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariens von Strafe und Maßregel*, 1972; *H. Mayer*, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, 1962; *E. Mezger*, *Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Maßnahmen*, *ZStW*, 66, pp. 172 ss.; *P. Mrozynski*, *Die Wirkung der Unschuldsvormutung auf spezialpräventive Zwecke des Strafrechts*, *JZ*, 1978, pp. 255 ss.; *J. Nagler*, *Verbrechensprophylaxe und Strafrecht*, 1911; *W. Naucke*, *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, 1975; *F. Nowakowski*, *Die Maßnahmenkomponente im StGB*, en: *el mismo*, *Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik*, 1981, pp. 93 ss.; *el mismo*, *Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen*, v. *Weber-Festschrift*, pp. 98 ss.; *el mismo*, *Vom Schuldzum Maßnahmenrecht?*, en: *H. Göppinger y P. H. Bresser* (ed.), *Kriminologische Gegenwartsfragen*, cuaderno núm. 10, pp. 11 ss.; *W. Sax*, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, en: *K. A. Beiermann, H. C. Nipperdey y U. Scheuner* (eds.), *Die Grundrechte*, Bd. III (2), 2.ª ed., 1972, pp. 909

⁷⁵ Con arreglo al § 67.5 StGB, versión anterior, cabía suspender la pena restante sin requerir un mínimo de tiempo ya cumplido. Críticamente al respecto, *L.-K.-Hanack*, § 67, núm. marg. 20 ss., con acertadas referencias al origen del arbitrio: Los participantes en el proceso legislativo temieron decidir entre fines de la pena antinómicos (Protokolle Sonderausschuß V, pp. 2323 ss.; trivial, BT-Drucksache V 4095, p. 32); *Hanack*, *JR*, 1978, pp. 399 ss., 402; *de otra opinión*, *Marquardt*, *Vikariieren*, pp. 164 ss.

ss.; *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.ª ed., 1965; *H. Schröder*, Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Maßnahmen, ZStW, 66, pp. 180 ss.; *el mismo*, Die «Erforderlichkeit» von Sicherungsmaßnahmen, JZ, 1970, p. 92 ss.; *C. Stooss*, Strafe und sichere Maßnahme, SchwZStR., 18 (1905), pp. 1 ss.; *el mismo*, Der «Dualismus» im Strafrecht, SchwZStR., 41 (1928), pp. 54 s.; *el mismo*, Zur Natur der sichernden Maßnahmen, SchwZStR., 44 (1930), pp. 261 ss.; *G. Stratenwerth*, Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahmen im Strafrecht, SchwZStR., 82 (1966), pp. 337 ss.; *el mismo*, Strafrechtliche Maßnahmen an geistig Abnormen, SchwZStR., 89 (1973), pp. 131 ss.; *W. Sree*, Deliktfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungsmaßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen, 1960.

A. Teorías acerca de las medidas de seguridad

53

1. El Derecho vigente prevé como reacción al hecho punible, junto a la pena o en lugar de ella, también las medidas de seguridad y corrección: § 61 del StGB. Así como la pena es una reacción frente a un menoscabo de la autoridad de la norma, la medida de seguridad es una reacción a un peligro de repetición, objetivado en el hecho. Esta cualidad de la *doble vía* (así designada ya en las teorías de la unificación) en la reacción se impone cuando divergen la pena y lo necesario para la prevención especial; así pues, el anclaje de la *doble vía* en el Derecho vigente se basa en los intentos de combinar las ventajas de una pena vinculada a la culpabilidad con algunas ventajas del tratamiento eficaz desde el punto de vista de la prevención especial⁷⁶. A causa de la bifurcación de la reacción, se ha alzado el reproche del fraude de etiquetas por parte de los preventivistas, justificadamente desde su punto de vista⁷⁷. También las modalidades singulares de la pena, en especial la suspensión condicional de la pena (§§ 56 ss. del StGB) y la primacía de la pena pecuniaria (§ 47 del StGB) son medidas de seguridad, pero inseparablemente vinculadas con una pena⁷⁸.

54

2. a) La doctrina de las medidas de seguridad no se ha desarrollado tan

⁷⁶ La primera vez que se puso en práctica el sistema de doble vía fue bajo la influencia de E. F. Klein, en § 5, II, 20, y § 1160, II, 20 A.L.R. Bibliografía sobre la historia, en *Eb. Schmidt*, Geschichte, § 241; *LK-Tröndle*, núm. marg. 9, ante § 38; *LK-Hanack*, núm. marg. 5 ss. ante § 61; *Frisch*, ZStW, 102, pp. 343 ss. Básico para el reconocimiento actual del sistema de doble vía fue el Anteproyecto de Código Penal suizo de *Carl Stooss* (1893; ley, 1937); *Stooss* SchwZStR., 18 (1905), pp. 1 ss.; *el mismo*, SchwZStR., 41 (1928), pp. 54 s.; *el mismo*, SchwZStR., 44 (1930), pp. 261 ss.; *vid. Kaenel*, SchwZStR., 101 (1984), pp. 3 ss.; *Schultz*, Einführung, pp. 61 ss.; *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, I/18 ss., ambos con bibliografía. En Alemania, el sistema de doble vía fue introducido como principio en los Proyectos de Reforma desde el Anteproyecto de 1909 y el Proyecto de 1913. Llegó a ser Derecho vigente, por vez primera por la Ley de 24 de noviembre de 1933 («Ley sobre delinquentes habituales», BGBl. I, p. 995): §§ 42 a ss., StGB, versión anterior. El resultado fue el principio de *triple vía* (*Bockelmann*, Studien, p. 162), pues junto a la pena por el hecho y la medida de seguridad aparecía en el § 230 StGB, versión anterior, la pena para el «delincente habitual peligroso». *Vid.* además §§ 81 ss. del Proyecto de 1962 y Begründung, pp. 207 s.; §§ 66 ss., AE y Begründung, p. 121.

⁷⁷ *Kohlrausch*, ZStW, 44, pp. 21 ss., 33.

⁷⁸ En ocasiones se caracteriza a la «condena condicional», no como combinación de pena y medida de seguridad, sino como «tercer pilar» de la Política criminal (*Jeschek*, AT, § 8 VI; *LK-Jeschek*, Introducción, núm. marg. 40 ss.). Bajo la condena condicional se reúnen: la renuncia provisional a la acusación, así como la suspensión provisional del § 153 a StPO, la reprobación o amon-

diferenciadamente desde hace tanto tiempo como la de la pena⁷⁹. Por lo general se conforma uno con la verificación de que una medida de seguridad debe —en el marco de la proporcionalidad (§ 62 del StGB)—mantener el interés común⁸⁰. Con ello no se va lejos, naturalmente, porque no queda claro cómo han de evaluarse los intereses del autor, si tan poco como los intereses de un agresor en la legítima defensa (*infra* 12/30, 46 ss.) o tanto como los intereses de un tercero ajeno en el estado de necesidad agresivo (*aggressiver Notstand*: *infra* 13/20 ss.). Tampoco queda claro en qué consiste el menoscabo del interés común, que amenaza producirse: la futura lesión o puesta en peligro mediante una catástrofe natural, o la futura lesión de la autoridad de la norma o una forma intermedia, etc.

b) Más concreta es la propuesta de concebir las medidas de seguridad de consideraciones propias de la legítima defensa⁸¹. Pero como la legítima defensa no se ajusta precisamente a la acción estatal de defensa (*infra* 12/14 ss.) y como además en la imposición de medidas de seguridad falta la urgencia propia de un ataque actual, fracasa materialmente el paralelismo con la legítima defensa⁸².

c) Para una solución ecitista, la medida de seguridad compensa la pérdida de «libertad interna» del autor y ha de justificarse precisamente a causa de dicha pérdida: «Quien ya no domina en absoluto su libertad interna, dirigida por la propia determinación ética (como ocurre con los enfermos mentales), o no la domina suficientemente como consecuencia de malas inclinaciones, vicios y costumbres, no puede pretender la libertad social completa»⁸³. Esta solución no aporta nada para la medidas de seguridad que se imponen junto a la pena por un hecho enteramente culpable⁸⁴; si el autor debe responder enteramente por el uso de su «libertad», según la solución apuntada debería poder pretender también la libertad social completa.

d) Finalmente, las medidas de seguridad se clasifican también entre las instituciones jurídicas ya conocidas: en parte serían «medidas tutelares jurídico-civiles» y en parte auténticas penas⁸⁵. Como pena, cabe considerar sobre todo

nestación con reserva de pena de los §§ 59 ss., StGB (en el Derecho penal juvenil, la suspensión de la pena juvenil de los §§ 27 ss., JGG), así como la suspensión de la pena o suspensión condicional del resto de la pena, §§ 56 a, 56 g y 57, StGB, y por último la suspensión condicional de las medidas de seguridad, §§ 67 b, 67 c, párrafo 2, inciso 4, 67 d, párrafo 2, 67 g StGB.

⁷⁹ *Vid. LK-Hanack*, núm. marg. 36 ante § 61; *Köhler*, Begriff, p. 82, nota 133; *Frisch*, ZStW, 102, pp. 343 ss., 355.

⁸⁰ *Exner*, Theorie, pp. 226 ss.; *Nagler*, Verbrechensprophylaxe, pp. 19, 66 ss., 102 ss., 257 ss.; *Nowakowski*, v. Weber-Festschrift, pp. 98 ss., 103; *Sree*, Deliktsfolgen, pp. 217 ss.; *Lenckner*, en: Handbuch, t. I, pp. 3 ss., 185; *LK-Hanack*, núm. marg. 28, ante § 61; *LK-Jeschek*, Introducción, núm. marg. 39; *Schönke-Schröder-Sree*, núm. marg. 2, ante § 61; *Schmidhäuser*, AT, 21/8, con nota 4, entre otras.

⁸¹ *Sax*, en: Grundrechte, t. III (2), pp. 909 ss., 960 ss., 963, 965.

⁸² Acertadamente crítico, *Nowakowski*, v. Weber-Festschrift, pp. 98 ss., 108 s.

⁸³ *Weizel*, Strafrecht, § 32 III; asimismo, *LK-Lang-Hiiriduen*, núm. marg. 13, ante § 42 a; *Lang-Hiiriduen*, en: 43. DJT, t. I, parte 3, pliego B, pp. 5 ss., 42 s.; *Gallas*, Niederschriften, t. IV, p. 55; *Bockelmann*, Niederschriften, t. I, pp. 56 s., 243 ss., 247; *Bruus*, ZStW, 71, pp. 210 ss., 211 s.

⁸⁴ Acertadamente, *Stratenwerth*, AT, núm. marg. 35.

⁸⁵ *H. Mayer*, AT, § 7, III.

la custodia de seguridad: «Quien ha llevado una vida de delincuente habitual se ha merecido la pena privativa de libertad indeterminada (*unbestimmte*)»⁸⁶. Lo cual pasa por alto obviamente el principio del hecho: Los hechos ocurridos cabe medirlos; por ello, las consecuencias jurídicas indeterminadas no sólo se vinculan a los hechos ocurridos, sino como mínimo además al peligro de que ocurran futuros hechos; pero por lo futuro no se puede castigar ya ahora.

e) Todas las medidas de seguridad deben compensar una deficiencia *habitual* del autor, y por ello no sirven para aquel cuyo hecho se puede aclarar por motivos *situacionales*, como sucede especialmente en los casos de culpabilidad según los §§ 17 (sin causa patológica, *vid. infra* 18/24), 33, 35 del StGB, o también en el desistimiento, §§ 24, 31 del StGB (*infra* 26/42). Si coincide una deficiencia habitual (p. ej., una enfermedad mental) con un motivo aclaratorio situacional (p. ej., con un estado pasional del § 33 del StGB) está descartado aplicar una medida de seguridad mientras que el motivo situacional codetermina el hecho, aun cuando sea de modo insignificante.

B. La diferenciación de la función de las medidas de seguridad

55 1. Con vistas a la solución, ha de describirse con mayor exactitud la relación entre el conflicto que el autor ocasiona con su hecho y la medida de seguridad. Para ello cabe establecer de entrada que todas las medidas de seguridad están vinculadas en la práctica con un mal que el autor ha de soportar. Por ello también las medidas de seguridad ejercen el efecto secundario de tipo preventivo general (reafirmador de la norma) que ya se mencionó al tratar la prevención especial (*supra* 1/37). Prescindiendo de ello, para dilucidar la relación entre conflicto y medida de seguridad han de distinguirse las siguientes clases de medidas de seguridad: a) las medidas complementarias de la pena, b) las sustitutivas de la pena y c) las medidas impuestas en lugar de la pena.

56 a) a') En cuanto a las medidas *complementarias de la pena*, es decir aquellas que se aplican junto a la pena, ha de tenerse en cuenta lo siguiente: Es dudoso que sea posible mantener expectativas que sólo normativamente se hallan aseguradas frente a decepciones. De todos modos, las expectativas elementales, que el Derecho Penal estabiliza necesitan también de un respaldo cognoscitivo. Mediante la pena no se puede compensar la pérdida de bienes que padece la víctima. Por ello, junto a la certeza de que en el caso de decepción se seguirá una garantía normativa (es decir, la certeza de estar dentro del Derecho), es también propio de los requisitos de cualquier contacto social (no forzado), la probabilidad (menos cierta) de que uno saldrá de la situación conservando sus bienes elementales. Ejemplo: El que sería atropellado previsiblemente con certeza por un conductor borracho si sale a la calle, evitará salir a la calle, a pesar de la garantía de que le asiste el Derecho. Desde luego, el aseguramiento cognoscitivo puede ser más débil que la garantía normativa; el *quid* de la garantía normativa reside en que la norma puede ser aceptada como un modelo de conducta vinculante para todos incluso cuando cognoscitivamente no quepa descartar la infracción. Lo cual no quiere decir que se pueda renun-

⁸⁶ H. Mayer, AT, p. 64, I, 2.

ciar a cegar fuentes evidentes de peligro. La garantía normativa sólo actúa como una garantía útil si se combate la infracción también en serio cognoscitivamente; pues como nadie puede vivir sólo de que el Derecho le asista, no se puede organizar útilmente la vida sólo con la certeza de que en caso de necesidad se realizará una garantía normativa. A partir de este hallazgo son necesarias las medidas de seguridad complementarias de la pena, como el internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63 del StGB), o en una institución educativa (§ 64 del StGB), o en custodia de aseguramiento (§ 66 del StGB) junto a la pena, entre otras. La función de estas medidas de seguridad reside en producir tal medida de seguridad cognoscitiva sin que la garantía normativa se deshaga de ninguna base apta de organización.

También una medida de seguridad que acompaña a la pena sirve, pues, al mantenimiento de la autoridad de la norma, apoyando el efecto de la pena sobre el hecho ocurrido mediante el respaldo cognoscitivo de la norma, es decir, incluso al margen del efecto secundario de tipo preventivo general ya mencionado, que se deriva principalmente del carácter de padecimiento propio de la medida de seguridad. La vinculación de medida de seguridad y autoridad de la norma aclara por qué la infracción debe ser sintomática del peligro de infracciones posteriores: No se trata de acometer una revisión general de la persona del autor con motivo del hecho, sino de que el efecto indiciario del hecho impide subsanar la situación exclusivamente mediante la pena.

b') A causa de su mera función auxiliar, la medida de seguridad complementaria de la pena ha de limitarse al *quantum* necesario para apoyar el efecto de la pena. Tal limitación es altamente significativa para la finalización de una medida de seguridad: ésta no ha de acabar ya cuando se ha eliminado el peligro de hechos posteriores, sino sólo cuando la autoridad de la norma ha dejado de estar en duda, porque se ha acometido un intento de mejora serio y no ostensiblemente sin éxito (o en caso de custodia de seguridad: se esperan circunstancias modificadas).

57

b) En las medidas de seguridad *sustitutivas de la pena*, es decir, aquellas que se imponen por el comportamiento inculparable del autor, sólo resta —al margen del efecto secundario de tipo preventivo-general consistente en infligir un mal— esa leve relación con la autoridad de la norma que se deriva de la circunstancia de que se procede contra el autor, de que se toma en serio el conflicto y el autor como su causa (a las meras faltas de tacto y a las groserías no les sigue reacción de corrección o aseguramiento). Sin embargo, una medida sustitutiva de la pena no tiene una mera función auxiliar, sino que constituye una forma de solución propia. Como el conflicto se combate sólo cognoscitivamente y no normativamente, la medida de seguridad debe tener éxito también cognoscitivamente: la meta es —frente a lo que ocurre en la medida de seguridad complementaria— no la autoridad de la norma, sino la eliminación de peligros.

58

c) Entre las dos clases de medidas mencionadas antes se halla la que se impone *en lugar de la pena*, es decir, aquella que se impone o se ejecuta frente al autor culpable en lugar de la pena (§ 67, párrafos 4 y 5 del StGB). Tiene en común con la medida complementaria de la pena que representa una reacción a una infracción normativa imputable, y con las medidas sustitutivas de la pena

que la solución del conflicto se busca exclusivamente en el ámbito cognoscitivo. La norma vulnerada ha de estabilizarse, aumentando la probabilidad fáctica de que se la obedezca. Se trata por tanto del fortalecimiento de la autoridad de la norma sólo mediante la eliminación del peligro. No se ha determinado si esto es realizable no sólo en casos excepcionales (*vid. supra* acerca de la prevención especial 1/39).

59 2. a) En correlación con las distintas funciones de las medidas de seguridad, ha de determinarse de modo distinto la *consecución de sus fines*. En la medida complementaria de la pena sólo se trata de crear la seguridad cognoscitiva que es necesaria para el apoyo de una garantía normativa. Por el contrario, en las otras dos clases de medidas ha de solucionarse el conflicto exclusivamente desde el punto de vista cognoscitivo; la comprobación de si el peligro está eliminado debe efectuarse por ello en éstas según un baremo más estricto.

60 b) También en la evaluación de la *proporcionalidad*⁸⁶, surgen distintos intereses a tener en cuenta y ponderar según la clase de medida. Mientras que en la medida complementaria de la pena y (a pesar del modo de proceder cognoscitivo) también en la medida impuesta en lugar de la pena se trata principalmente del mantenimiento de la confianza de la generalidad en la norma, en una medida sustitutiva de la pena es primordialmente la eliminación de peligros para los bienes (no para las normas) lo que sin embargo cuenta menos. Los intereses del autor han de evaluarse tanto menos cuanto más es responsable del peligro, de modo que en esa medida una reacción frente a un delincuente habitual que actúa culpablemente puede ser aún proporcional, pero frente a un enfermo mental no serlo ya. Además, en las medidas sustitutivas de las penas —a diferencia de las medidas complementarias de las penas— ha de tenerse en cuenta en contra del autor que no se le impone ninguna pena a pesar de haberse comportado culpablemente. La vaga formulación del § 62 del StGB no da cuenta de la necesidad de estas apreciaciones diferenciadas⁸⁷. Los detalles se analizan en la doctrina de las consecuencias jurídicas.

60a 3. Que para un autor no (enteramente) responsable al final el gravamen total de las reacciones consiguientes a un hecho punible (no se alude a las reacciones según las leyes sobre internamiento de los *Länder*) pueda ser notablemente mayor que el de un autor enteramente responsable no puede satisfacer al menos en aquellos casos en los que la pérdida de responsabilidad no puede imputársele al autor mismo.

⁸⁶ Al respecto, con bibliografía, BVerfG NSiZ, 1986, pp. 185 ss.; Baur, Grundsatz, pp. 81 ss., 213 ss.; LK-Hanack, § 62, núm. marg. 9 ss.; crítica notable en Eickhoff, NSiZ, 1987, pp. 65 ss.

⁸⁷ SK-Horn, § 62, núm. marg. 8, compara acertadamente la posibilidad de distinción con la existente en la determinación de la pena.